

**WYROK**

**z dnia 20 grudnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Brzeska

**Protokolant:** Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 5 grudnia 2019 r. **przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Sąd Apelacyjny w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy A. P.N. PROMISE S. A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
  - 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. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza od **wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Sądu Apelacyjnego w Warszawie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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 – Sąd Apelacyjny w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji oprogramowania Microsoft lub produktów równoważnych na potrzeby sądów apelacji warszawskiej”.

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

Wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 5 grudnia 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wniósł odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców A.P.N. Promise S. A. oraz T-Systems Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności zwrócenia się do wykonawców: A.P.N. Promise S.A. oraz T-Systems Polska Sp. z o. o., o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, pomimo tego, iż zachodzą przesłanki opisane przepisem art. 90 ust. 1 ustawy, w szczególności wysokość oferowanego przez wykonawców upustu na zakup subskrypcji, przekraczającego w znaczący sposób upust wynikający z cennika produktowego producenta oprogramowania dla partnerów Licensing Solution Providers (LSP), stanowiącego istotną część składową ceny oferty, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego; a nadto z ostrożności procesowej,

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: A.P.N. Promise S.A. oraz T-Systems Polska Sp. z o. o. jako stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na zaniżenie ceny za subskrypcje w związku z zaoferowaniem upustu w wysokości znacznie przekraczającej upust wynikający z cennika produktowego producenta oprogramowania dla partnerów Licensing Solution Providers (LSP), a w konsekwencji sprzedaż tych subskrypcji poniżej kosztu ich zakupu, w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium cena - co wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wskazane w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania czynności zwrócenia się do wykonawców: A.P.N. Promise S.A. oraz T-Systems Polska Sp. z o. o., o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert,
- 4) ewentualnie - odrzucenia ofert wykonawców A.P.N. Promise S.A. i T-Systems Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy A. P.N. PROMISE S. A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „Przystępującym”).

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający – Sąd Apelacyjny w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dostawę licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji oprogramowania Microsoft lub produktów równoważnych na potrzeby sądów apelacji warszawskiej”*.

Jak wynika z przedstawionych przez strony stanowisk procesowych Odwołujący w odwołaniu postawił zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania

czynności zwrócenia się do wykonawcy A.P.N. Promise oraz T-Systems Polska Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, pomimo tego, iż zachodzą przesłanki opisane przepisem art. 90 ust. 1 ustawy, w szczególności wysokość oferowanego przez wykonawców upustu na zakup subskrypcji, przekraczającego w znaczący sposób upust wynikający z cennika produktowego producenta oprogramowania dla partnerów Licensing Solution Providers (LSP), stanowiącego istotną część składową ceny oferty, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, z ostrożności Odwołujący wskazał również na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: A.P.N. Promise S.A. oraz T-Systems Polska Sp. z o. o. jako stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na zaniżenie ceny za subskrypcje w związku z zaoferowaniem upustu w wysokości znacznie przekraczającej upust wynikający z cennika produktowego producenta oprogramowania dla partnerów Licensing Solution Providers (LSP), a w konsekwencji sprzedaż tych subskrypcji poniżej kosztu ich zakupu, w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium cena - co wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wskazane w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba nie podzieliła interpretacji postanowień SIWZ oraz wzoru umowy przedstawionej przez Odwołującego. Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że z pytań i odpowiedzi 3 oraz 4 z dnia 23 października 2019 r. można było bezpośrednio uznać, że katalog produktów jest otwarty. Wykonawca zadał Zamawiającemu pytanie czy poza licencjami wymienionymi w Załączniku nr 2 do SIWZ – Załącznik nr 1 do Formularza oferty, FORMULARZ PRODUKTOWY, zamawiający planuje zamówić inne licencje? Jeśli tak to jakie i ile sztuk? Zamawiający wyjaśnił, że nie określa rodzaju i ilości Licencji Oprogramowania, które będzie zamawiał w ramach zawartej umowy, Jednocześnie Zamawiający informuje, że na podstawie 5 ust. 6 umowy Wykonawca przyjmuje do wiadomości, iż kwota i ilość zamówionych przez Sądy Produktów i Usług Stowarzyszonych mogą nie wyczerpać kwoty określonej w ust- 5 umowy i oświadcza, że nie będzie dochodził realizacji umowy w niewykonanej części ani odszkodowania stąd wynikającego, jak również zrzeka się wszelkich roszczeń przeciwko Skarbowi Państwa (Sądom i Zamawiającemu) z tego tytułu. To samo dotyczy ilości i cen

jednostkowych wskazanych w ofercie Wykonawcy, które stanowią jedynie podstawę do obliczenia ceny ofertowej w Postępowaniu i nie zobowiązują Sądów i Zamawiającego do dokonywania jednostkowych zamówień w tym zakresie. Na pytanie nr 4 wykonawcy Czy Zamawiający planuje zamówić licencje z grupy produktów: Azure, Enterprise Mobility and Security, Dynamics 365, Flow, Power Apps, Virtual Desktop Access per User, Windows per User? Odpowiedź Zamawiającego brzmiała jak w pytaniu nr 3.

Izba wzięła zatem pod uwagę argumentację Zamawiającego, że odpowiedź jego dotyczyła licencji – niezależnie od tego, czy wyraźny podział na licencje i subskrypcje miał być dokonany później. Wykonawca w zadanym pytaniu odnosił się do licencji nie subskrypcji. I tak dla Izby istotne znaczenie w tym postępowaniu miały postanowienia wzoru umowy oraz SIWZ. Zamawiający w § 1 pkt 8 wzoru umowy określił co rozumie pod pojęciem produktu, wskazując że są to licencje i subskrypcje. Ponadto istotne znaczenie miało również postanowienie umowne zawarte w § 2 ust. 4 i 5 wzoru umowy zgodnie z którym oferta na którą składał się formularz produktowy stanowiła załącznik do niniejszej umowy. Odnosząc się do przywoływanego postanowienia umownego § 5 ust. 6 wzoru umowy w ocenie Izby postanowienie to dotyczyło maksymalnych ilości z możliwością ich zmniejszenia, a wykonawca miał oświadczyć że przyjmuje do wiadomości, kwoty ilości mogą nie wyczerpać kwoty określonej w ust. 5, to samo dotyczy ilości i cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego powołującego się na § 2 ust. 3 wzoru umowy owszem umowa może ulec zmianie, jednak jak wynika to z treści wzoru umowy oraz jak wskazywał Zamawiający zmiany dokonywane mogą być w zakresie oferowanych produktów (dotyczyć miały zamienników), co zostało zakreślone formularzem produktowym.

Odnosząc się do przywołanych pytań wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 7 listopada 2019 r. w ocenie Izby Odwołujący w sposób wybiórczy powołuje się na postanowienia wzoru umowy celem zinterpretowania ich wyłącznie na własną korzyść. Zamawiający na zadane pytanie wyjaśnił że rzeczywista cena sprzedaży będzie obliczona zgodnie z zasadami rozliczania m. in. zgodnie z § 5 ust. 1 oraz 2 istotnych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 6 do SIWZ oraz że zgodnie z ust. 6 (...) ilości i ceny jednostkowe wskazane w ofercie wykonawcy, które stanowią jedynie podstawę do obliczania ceny ofertowej w Postępowaniu, nie zobowiązują Sądów i Zamawiającego do dokonywania jednostkowych zamówień w tym zakresie.

Odnosząc się jeszcze do argumentacji Odwołującego dotyczącej konieczności odczytywania postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy – to w ocenie Izby przywołana zasada powinna być stosowana w tym postępowaniu na korzyść wszystkich wykonawców – nie tylko Odwołującego – ale również Przystępującego. Skoro postanowienia te mogły być inaczej zinterpretowane przez innych wykonawców, to nie mogą być odczytywane na ich niekorzyść, tym bardziej nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego.

Odnosząc się jeszcze do czynności szacowania wartości zamówienia Izba zgodziła się z Zamawiającym, że zobowiązany jest on dokonać czynności szacowania posiłkując się zapytaniami ofertowymi kierowanymi do poszczególnych wykonawców – co Zamawiający uczynił. Odnosząc się jeszcze do przedstawionych przez Odwołującego dowodów – cenników, zestawień Izba zgodziła się z Przystępującym, że dowód ten wskazuje na określone subskrypcje, nie odnosi się do opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia. W konsekwencji w opisanym stanie faktycznym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania, t.j. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

**Przewodniczący:**

.....