

**WYROK**

**z dnia 21 kwietnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 20 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2023 r. przez **CRAYON POLAND SP. Z O.O., ul. Domaniewska 39, 02- 672 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00- 906 Warszawa**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **CRAYON POLAND SP. Z O.O. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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.

**Przewodnicząca:** .....

**UZASADNIENIE:**

Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa licencji Microsoft 365 w ramach umowy Enterprise Agreement”, nr ref: 16/PN/ZP/TLLZP/23.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 lutego 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/ S 038-111976.

W postępowaniu tym wykonawca CRAYON POLAND SP. Z O.O. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 7 kwietnia 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, a mianowicie:

1. zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty A.P.N. Promise S.A. ( „APN”), co nastąpiło w dniu 28 marca 2023 roku ewentualnie także 1 kwietnia 2023 roku;
  2. czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty APN dokonanej z dnia 28 marca 2023 roku;
- ewentualnie także:
3. zaniechania Zamawiającego w zakresie uchylecia wyboru oferty APN w dniu 1 kwietnia 2023 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Ad 1) i 3) art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy poprzez zaniechanie zastosowania przedmiotowego przepisu;

Ad 2) art. 239 ust. 1 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty APN jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą po odrzuceniu oferty APN.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 28 marca 2023 roku,

- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty APN,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

W niniejszym Postępowaniu oferty złożyli:

- 1) APN – na kwotę 14.549.608,80 zł brutto;
- 2) Odwołujący – na kwotę 15.190.588 zł brutto.

Przedmiotem zamówienia jest zakup 4 typów produktów Microsoft (programów komputerowych) w odpowiedniej liczbie dla każdego z typów produktów. Źródłem zaopatrzenia obu Wykonawców jest Microsoft (dokładnie Microsoft Ireland Operation Limited – MIOL, działający m.in. za pomocą personelu Microsoft Sp. z o.o.), a obaj Wykonawcy są oficjalnymi partnerami Microsoft.

W celu zapewnienia konkurencyjności w postępowania publicznych MIOL nie występuje w postępowaniach jako Wykonawca. W postępowaniach jako Wykonawcy biorą udział wyłącznie partnerzy Microsoft, MIOL jedynie oferuje partnerom na potrzeby postępowań identyczne warunki zakupu produktów Microsoft.

Również na potrzeby niniejszego Postępowania MIOL przekazał Odwołującemu warunki zakupu produktów Microsoft objętych Postępowaniem.

/dowód: e-mail A. S. (Microsoft Sp. z o.o.) z dnia 7 marca 2023 roku na okoliczność otrzymania przez Odwołującego warunków zakupu MIOL/

/dowód: e-mail A. S. (Microsoft Sp. z o.o.) z dnia 6 kwietnia 2023 roku na okoliczność oferowania przez MIOL swoim partnerom jednolitych cen zakupu na potrzeby Postępowania/

Warunki MIOL obejmowały dwa zestawy cen dla zakupów dokonanych w marcu oraz w kwietniu 2023 roku.

Przy zastosowaniu kursu PLN/EUR z dnia upływu terminu składania ofert (4,6836 PLN/1 EUR), łączna wartość zakupu przedmiotu zamówienia dla cen właściwych w przypadku zakupu realizowanego w marcu 2023 wynosiłaby 13 807 044,00 zł:

Nazwa licencji oferowanej	Max	Cena jedn.	Brutto	Max.	Wartość
---------------------------	-----	------------	--------	------	---------

	Ilość	(PLN) za 1 m-c	Liczba miesiące	(kol. IV x kol. V x Kol. VI)
III	IV	V	VI	VII
AAN-74667 M365 E3 Unified Sub Per User 2022 Promo (DMWL)	1380	156,45 zł	36	7 772 436,00 zł
PEP-00002 M365 E5 Compliance Sub Per User	1380	44,60 zł	36	2 215 728,00 zł
JFX-00003 M365 F3 FUSL Sub Per User	1560	34,00 zł	36	1 909 440,00 zł
8RL-00005 M365 F5 Compliance Sub Add-on	1560	34,00 zł	36	1 909 440,00 zł
				13 807 044,00 zł

Przy zastosowaniu kursu PLN/EUR z dnia upływu terminu składania ofert (4,6836 PLN/1 EUR), łączna wartość zakupu przedmiotu zamówienia dla cen właściwych w przypadku zakupu realizowanego w kwietniu 2023 wynosiłaby 15.323.904,00 zł:

Nazwa licencji oferowanej	Max Ilość	Cena jedn. Brutto (PLN) za 1 m-c	Max. Liczba miesiące	Wartość (kol. IV x kol. V x Kol. VI)
III	IV	V	VI	VII
AAN-74667 M365 E3 Unified Sub Per User 2022 Promo (DMWL)	1380	173,68 zł	36	8 628 422,40 zł
PEP-00002 M365 E5 Compliance Sub Per User	1380	49,56 zł	36	2 462 140,80 zł
JFX-00003 M365 F3 FUSL Sub Per User	1560	37,69 zł	36	2 116 670,40 zł
8RL-00005 M365 F5 Compliance Sub Add- on	1560	37,69 zł	36	2 116 670,40 zł
				15 323 904,00 zł

Różnica w cenach wynika z wprowadzania przez MIOL podwyżki cen, ze skutkiem od 1 kwietnia 2023 roku. Oczywistym jest, iż zawarcie umowy na realizację przedmiotu zamówienia nie nastąpiło w marcu 2023 roku i tym samym APN nie mógł zamówić produktów Microsoft w marcu 2023 roku korzystając z cen dla marca 2023 roku. Na potrzeby zamówień publicznych MIOL akceptuje zamówienia partnerów wyłącznie po podpisaniu przez zwycięskiego partnera umowy na realizację zamówienia. Wobec powyższego oczywistym jest, iż w dniu dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty APN (28 marca 2023 roku) z racji odległego horyzontu zawarcia umowy o realizację przedmiotu zamówienia kalkulacja APN oparta ma stawkach marcowych uległa dezaktualizacji. APN podjął ryzyko składając ofertę opartą na marcowych cenach zakupu uznając, iż dojdzie do zawarcia umowy jeszcze w marcu 2023 roku. W takim przypadku APN mógłby liczyć na zysk w wysokości 742.564,80 zł brutto z realizacji całości przedmiotu zamówienia. Natomiast przy

uwzględnieniu cen aktualnych od 1 kwietnia 2023 roku oferta APN wykazuje deficyt w wysokości 774 295,20 zł brutto.

Niemniej, dokonanie wyboru oferty APN dopiero w dniu 28 marca 2023 roku przekreśliło szanse na zawarcie umowy w marcu 2023 roku, gdyż jak wskazuje przebieg postępowania na dzień złożenia Odwołania umowa nie została zawarta i z pewnością w marcu 2023 zawarta nie zostanie.

Jeżeli Izba uzna, że na dzień wyboru oferty APN (28 marca 2023 roku) Zamawiający mógł uznać, iż kalkulacja cen zakupu produktów Microsoft oparta na cenach przewidzianych dla marca 2023 roku była prawidłowa i wykazywała zysk, to należy zauważyć, że w dniu 1 kwietnia 2023 roku sytuacja uległa zmianie. Skoro do dnia 31 marca 2023 roku nie doszło do zawarcia umowy, to od 1 kwietnia 2023 realna wartość kosztu pozyskania produktów Microsoft uległa zwiększeniu z uwagi na dezaktualizację cen marcowych i wprowadzenie cen kwietniowych. W takim stanie rzeczy oferta APN w sposób definitywny stała się deficytowa w dniu 1 kwietnia 2023 roku, co powinno stać się przyczyną uchylecia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty APN i jej odrzucenia w tym dniu.

Odwołujący opierając się na cenach dla kwietnia 2023 roku informował Zamawiającego o wartości deficytu oferty APN w dniu 14 marca 2023 roku.

W złożonej pismem z 18 kwietnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Odwołujący domaga się odrzucenia oferty APN na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, mimo że Zamawiający nie prowadził w niniejszej sprawie procedury wyjaśnienia oferty na podstawie art. 224 Pzp.

W myśl art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych.

Natomiast zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp 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 konsekwencji należy wskazać, iż zarzuty odwołania nie mogą się w niniejszej sprawie potwierdzić.

Odwołujący nie postawił Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 czy 2 Pzp. Tym czasem nie budzi wątpliwości ani w doktrynie, ani orzecznictwie, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp musi być poprzedzone procedurą wyjaśniającą, wskazaną w art. 224 Pzp. Realizacją zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 Pzp jest umożliwienie zainteresowanemu wykonawcy odniesienie się do zaoferowanej ceny i wyjaśnienie sposobu jej kalkulacji.

Odwołujący natomiast domaga się pominięcia obligatoryjnej procedury pozwalającej na wyjaśnienie ceny i oczekuje odrzucenia oferty APN, co uchybia przepisom Pzp i w ocenie Zamawiającego nie może być uwzględnione.

Tym samym odwołanie winno zostać oddalone bez potrzeby dalszego badania jego merytorycznej zasadności. Wykonawca nie był wzywany do wyjaśnień, zatem nie może się zaktualizować w realiach sprawy (podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazuje, iż odwołanie nie dowodzi, że w realiach sprawy powinna być zastosowana procedura dotycząca wyjaśnienia ceny wskazana w art. 224 Pzp, czy tym bardziej że oferta APN zawiera rażąco niską cenę.

Argumentacja odwołania opiera się na pozyskanych od producenta licencji Microsoft informacjach dotyczących cen za poszczególne rodzaje licencji.

Odwołujący wykazuje, że przy przyjęciu cen marcowych cena zakupu licencji przez APN wynosiłaby 13 807 044 zł, natomiast zastosowanie cen kwietniowych wskazywanych jako maksymalne przez Microsoft, oznacza cenę zakupu licencji za kwotę 15 323 904 zł.

Zdaniem Odwołującego powyższe dowodzi, że zaoferowana przez APN cena ofertowa 14 549 608, 80 zł brutto, jest rażąco niska.

Z powołanym stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Odwołujący pomija bowiem, że termin składania ofert upływał w dniu 13 marca 2013 roku. W marcu także Zamawiający dokonał badania i oceny ofert i wybrał ofertę APN. Zatem relewantne dla oceny, czy cena jest rażąco niska (ewentualnie, czy materializuje się podejrzenie rażąco niskiej ceny wymagające przeprowadzenia procedury wyjaśniającej), są ceny marcowe, obowiązujące na moment ofertowania.

Wyłącznie w takim przypadku realizowana jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Interpretacja, którą proponuje Odwołujący oznacza, że od podmiotu trzeciego tj. od Zamawiającego, jego tempa prac, uzależniona byłaby ocena oferty wykonawców, w kontekście rażąco niskiej ceny. W zależności od tego kiedy dokonywana byłaby ocena, materializowałaby się podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp czy wszczynania procedury wyjaśniającej bądź nie. Takie zapatrywanie rażąco narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone art. 16 Pzp. Stanowisko Odwołującego przy tym jest niekonsekwentne, gdyż dla przeliczeń kursu euro przyjął (jak twierdzi) kurs z dnia, w którym upływał termin składania ofert. Przecież kurs też się zmienia. Inną kwestią jest, iż wiarygodność wyliczeń podważa przyjęcie wadliwego kursu do przeliczeń – kurs euro na dzień składania ofert tj. 13 marca 2013 roku wynosił 4,6848, a nie 4,6836 zł przyjęte w odwołaniu.

Dla zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców istotne jest, jak wykonawca kalkulował cenę w momencie ofertowania. Na moment kalkulowania ceny i składania oferty cena wskazana przez APN była realna i możliwe była za tę cenę wykonanie zamówienia. Nie jest dopuszczane interpretowanie przesłanego odrzucenia oferty w sposób rozszerzający – przepisy sankcyjne, jak wiadomo – wymagają ścisłej wykładni. Zatem brak jest podstaw do stwierdzenia, że APN zaoferował rażąco niską cenę.

Stanowisko Zamawiającego jest tym bardziej uzasadnione, że umowa będzie zawarta na okres 36 miesięcy, w ciągu których Zamawiający zobowiązał się, że zamówi minimum 80% licencji wskazanych w umowie. Odwołujący w odwołaniu odnosi się do cen na kwiecień i maj. Nic nie jest wiadome ani o kursie euro, ani cenach Microsoft w kolejnych miesiącach. Nie jest także wiadomym, kiedy zostanie zawarta umowa i kiedy Zamawiający dokona pierwszego zamówienia na licencje.

Podsumowując, odwołanie potwierdza, że Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do wyjaśniania w toku prowadzonej w marcu procedury badania i oceny ofert, oferowanej przez APN ceny, gdyż cena ofertowa APN jest blisko 1 mln zł wyższa, niż cena zakupu licencji podana w odwołaniu.

Następnie należy wskazać, że przy przyjęciu cen kwietniowych oraz podanego przez Odwołującego w odwołaniu kursu euro, także oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona. Cena ofertowa Odwołującego to bowiem 15 190 588,80 zł, podczas gdy cena zakupu licencji w kwietniu podana w odwołaniu to 15 323 904 zł, zatem o 133 315,20 zł poniżej wskazywanej w odwołaniu ceny zakupu licencji.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk wyrażonych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba rozpoznała złożone odwołanie i uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami;
2. dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem oraz na rozprawie.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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 przedmiotowej sprawie Zamawiający, wobec nieziszczenia się przesłanek i braku jakichkolwiek wątpliwości, nie wzywał wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp musi zostać poprzedzone wszczęciem procedury z art. 224 ustawy.



Z tego względu w zakresie, w jakim Odwołujący stawia zarzut zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę wobec oferty, która nie była wyjaśniana, to zarzut ten uznać należy jako przedwczesny. Co istotne, Odwołujący w ramach tego zarzutu nie kwestionuje zaniechania wezwania wybranego wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Stąd stawianie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp wobec oferty, która nie była przedmiotem wyjaśnień, jest oczywiście błędne.

Odwołujący na rozprawie przywołał wyrok KIO 3703/21 twierdząc, że wyrok ten potwierdza jego stanowisko w sprawie. Jednakże przywołany wyrok potwierdza zasadność oddalenia odwołania. W treści uzasadnienia (str. 15 wyroku) wprost wskazano, że nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny (art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp) bez uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Przy czym odwołującym w prezentowanej sprawie również nie był wykonawca, którego oferta została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Z tego względu odwołanie należało oddalić.

Niejako na marginesie, zarzut wskazany w odwołaniu i tak nie zasługiwałby na uwzględnienie.

Izba nie zgadza się z Odwołującym, że przedłożone przez niego dowody świadczą, że cena zaoferowana przez APN jest rażąco niska. Rację ma Zamawiający, że z treści e-maila/informacji cenowej nie wynika jaka cena została zaoferowana wykonawcy APN. Nadto z przedstawionej informacji cenowej nie wynikają ceny za poszczególne licencje.

Odwołujący w treści odwołania przedstawił własną kalkulację ceny, która również nie znajduje odzwierciedlenia w treści wiadomości e-mail/informacji cenowej.

Zdaniem Izby za nieuprawnione również należy uznać twierdzenia Odwołującego dotyczące rozkładu dowodu. To prawda, że zgodnie z art. 537 pkt 2) ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który ją złożył, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Pamiętać jednak należy, że szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o zgromadzone w sprawie materiały dowodowe.

Nie można tracić z pola widzenia, że cena marcowa, która zdaniem Odwołującego została zaoferowana przez wykonawcę APN, nie jest taka sama jak w przedłożonej przez Odwołującego kalkulacji i nie wynika z przedłożonej wraz z odwołaniem informacji cenowej. Cena kwietniowa nie jest również tożsama z ceną samego Odwołującego.

Zdaniem Izby charakter przedłożonych dowodów w żadnym razie nie może potwierdzać tezy Odwołującego o rażącym charakterze ceny zaoferowanej przez APN.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 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).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....