

Warszawa, 18 maja 2020 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

Ul. Postępu 17a  
02 – 676 Warszawa

**Zamawiający:**

Sąd Najwyższy  
Pl. Krasińskich 2/4/6  
00-951 Warszawa  
tel. (22) 358 81 51, fax (22) 530 90 30

**Odwołujący:**

Integrated Solutions Sp. z o.o.  
Ul. Marcina Kasprzaka 18/20  
01-211 Warszawa  
Tel. + 48 514 821 816  
e-mail: mdemski@i-s.com.pl,  
Mariola.Brzezinska2@orange.com

**Numer ogłoszenia w TED: 2020/S 063-150335**

**ODWOŁANIE**

**W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Sąd Najwyższy w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zawarcie umowy ramowej na dostawę licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji pakietów standardowych oprogramowania, usług hostowanych dla Sądu Najwyższego”. Znak sprawy: KPP IV-0413-22/20.**

Wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł został uiszczony na rachunek UZP nr 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 dn. 18 maja 2020 r.

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, wnoszę odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Sąd Najwyższy w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zawarcie umowy ramowej na dostawę licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji pakietów standardowych oprogramowania, usług hostowanych dla Sądu Najwyższego”.

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i podpisaniu umowy ramowej z Zamawiającym. Jednocześnie

na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert (wykonawcy: SoftwareOne, APN Promise oraz T-Systems), które zawierały rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji lub zawierały błąd w obliczeniu ceny, oferta Odwołującego została sklasyfikowana na czwartym miejscu, co uniemożliwia mu podpisanie umowy ramowej. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza i tym samym Odwołujący będzie mógł zawrzeć umowę ramową z Zamawiającym. Wobec powyższego należy uznać, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców SoftwareOne, APN Promise oraz T-Systems jako zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na zaoferowanie przez tych wykonawców opustów od cen w cenniku Producenta (Microsoft), które sprawiają, że licencje, subskrypcje, aktualizacje i usługi wsparcia będą dostarczane poniżej kosztu ich zakupu;
2. Art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców SoftwareOne, APN Promise oraz T-Systems jako ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie przez tych wykonawców opustów od cen w cenniku Producenta (Microsoft) w nierealnej wysokości, która jest niezgodna z warunkami handlowymi oferowanymi przez Microsoft i niemożliwa do uzyskania przez wskazanych wyżej wykonawców, a została wpisana jedynie, aby uzyskać maksymalną punktację w kryterium ceny;
3. Art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców SoftwareOne APN Promise oraz T-Systems jako zawierających błąd w obliczeniu ceny lub kosztu z uwagi na obliczenie opustów bez uwzględnienia rzeczywistych kosztów jakie poniosą ww. wykonawcy w celu zrealizowania zamówienia.

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Odrzucenia ofert wykonawców SoftwareOne, APN Promise oraz T-Systems jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. Odrzucenia ofert wykonawców SoftwareOne, APN Promise oraz T-Systems jako ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
4. Odrzucenia ofert wykonawców SoftwareOne, APN Promise oraz T-Systems jako ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;
5. Dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej dn. 6 maja 2020 r. wobec czego termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy należy uznać za zachowany.

Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią dn. 18 maja 2020 r. zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

## UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (zawarcie umowy ramowej) na „Zawarcie umowy ramowej na dostawę licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji pakietów standardowych oprogramowania, usług hostowanych dla Sądu Najwyższego”. Dnia 6 maja 2020 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając ofertę wykonawcy APN Promise. Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta wykonawcy SoftwareOne, a na trzecim wykonawcy T-Systems. Oferta Odwołującego uzyskała czwartą lokatę. Taką klasyfikację ofert i wybór oferty najkorzystniejszej należy uznać za niezgodne z ustawą.

Należy podkreślić, że umowa ramowa obejmowała dostarczanie licencji, subskrypcji, aktualizacji i usług wsparcia w ramach ściśle określonego systemu licencjonowania Producenta oprogramowania firmy Microsoft. System ten przewiduje określone ramy, w tym maksymalne wysokości rabatów, jakie może zaoferować partner firmy Microsoft swoim klientom. Ta okoliczność jest na tyle istotna i kluczowa dla przedmiotowego postępowania, że kryterium ceny zostało przez Zamawiającego opisane właśnie w odniesieniu do tego systemu licencjonowania poprzez określenie ceny jako wysokości uśrednionego opustu dla danej kategorii produktów firmy Microsoft (Roz. X ust. 1 i 3 i Roz. XIII ust. 1 pkt 1) i 2) siwz).

Mając na względzie powyższe, wybór oferty najkorzystniejszej oferty oraz kwalifikacja ofert są niezgodne z ustawą z następujących względów.

### Zarzut 1

Wykonawcy SoftwareOne, APN Promise oraz T-Systems zaoferowali opusty dla produktów Microsoft w wysokości wyższej niż maksymalne możliwe do zaoferowania, przy braku uwzględnienia rozpiętości upustów z cennika Producenta dla Partnerów LSP. Oznacza to, że w celu realizacji zamówienia ww. wykonawcy będą musieli dostarczać większość produktów poniżej kosztów ich zakupu. Uwzględnienie informacji Zamawiającego o zakładanym wolumenie zamówień z każdej kategorii miało ułatwić Oferentom właściwe oszacowanie upustów, co jednak nie ma miejsca jeśli chodzi o oferty SoftwareOne, APN i T-Systems.

Wykonawca APN Promise zaoferował niezgodne z systemem licencjonowania wysokości opustów dla następujących kategorii produktów:

- 1) Licencje - opust w wysokości 22,63% w sytuacji, gdy Producent dopuszcza dla tej grupy produkty o opuszcie w wysokości od 17,39% do 27,83%;

- 2) Subskrypcje – opust w wysokości 20,63% w sytuacji, gdy Producent dopuszcza dla tej grupy produkty o opuszcie w wysokości od 0,00% do 20,56%;

Oznacza to, że znaczną część zamówień w ramach umowy ramowej na produkty z wyżej wymienionych kategorii wykonawca ten będzie musiał zrealizować oferując te produkty poniżej kosztów zakupu.

Wykonawca SoftwareOne zaoferował niezgodne z systemem licencjonowania wysokości opustów dla następujących kategorii produktów:

- 1) Licencje - opust w wysokości 21,50% w sytuacji, gdy Producent dopuszcza dla tej grupy produkty o opuszcie w wysokości od 17,39% do 27,83%;
- 2) Subskrypcje – opust w wysokości 21,00% w sytuacji, gdy Producent dopuszcza dla tej grupy produkty o opuszcie w wysokości od 0,00% do 20,56%;

Wykonawca T-SYSTEMS POLSKA zaoferował niezgodne z systemem licencjonowania wysokości opustów dla następujących kategorii produktów:

- 1) Licencje - opust w wysokości 16,50% w sytuacji, gdy Producent dopuszcza dla tej grupy produkty o opuszcie w wysokości od 17,39% do 27,83%;
- 2) Subskrypcje – opust w wysokości 14,15% w sytuacji, gdy Producent dopuszcza dla tej grupy produkty o opuszcie w wysokości od 0,00% do 20,56%;

Sumaryczne wyniki finansowe Odwołującego oraz konkurentów zostały przedstawione w Tabelach (Załącznik nr 1 – opracowanie własne) Wyliczenia te uwzględniają podstawowe założenie tj. oferowanie wszystkich produktów bez straty. Z czterech Oferentów jedynie Odwołujący może wykazać się możliwym do osiągnięcia pozytywnym wynikiem finansowym, w przeciwieństwie do konkurentów. Tabele przedstawiają również podział wartości produktów z poszczególnych kategorii wg założeń Zamawiającego oraz cenę katalogową wynikającą z maksymalnego upustu. Zostaną one omówione szczegółowo podczas rozprawy.

Dodatkowo przedstawione będą informacje cennikowe, którymi dysponują Partnerzy LSP i które są dla nich równe.

Mając powyższe na względzie, należy stwierdzić, że oferty wykonawców SoftwareOne, APN Promise oraz T-Systems zawierają ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i jako takie powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp.

## **Zarzut 2**

Wykonawcy SoftwareOne, APN Promise i T-Systems zaoferowali uśrednione opusty nieadekwatne do maksymalnych możliwych do uzyskania od Producenta. Zaoferowanie takich opustów nie mogło być przypadkowe, gdyż warunki handlowe są znane wszystkim partnerom firmy Microsoft i są one jednakowe dla wszystkich partnerów.

Pomimo, iż ww. wykonawcy mieli dostęp do warunków handlowych producenta lub z łatwością mogli te warunki poznać, zignorowali je i zaoferowali opusty przekraczające dopuszczalne w systemie licencjonowania Producenta oprogramowania. Stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji i wskazuje na chęć uzyskania przez Wykonawców dodatkowych, nadmiarowych punktów, poprzez zawyżenie upustów, które zostały zaoferowane. Jednocześnie takie działanie uniemożliwia uzyskanie zamówienia rzetelnym przedsiębiorcom, którzy stosują się do warunków handlowych obowiązujących przy sprzedaży oprogramowania i usług będących przedmiotem zamówienia.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że złożenie ofert przez wykonawców SoftwareOne, APN Promise i T-Systems stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i oferty te powinny być zostać przez Zamawiającego odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp.

### **Zarzut 3**

Nawet przyjmując, że oferty wykonawców SoftwareOne, APN Promise oraz T-Systems nie stanowiły czynu nieuczciwej konkurencji, należy uznać, że powinny być zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp jako zawierające błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, co wynika z następujących względów.

Zamawiający nie określił w jaki sposób należy obliczyć opust od cen brutto wskazanych grup produktów (Roz. X ust. 1 siwz). Zamawiający wskazał jednak w Roz. X ust. 3 siwz w sposób wyraźny, że podana cena powinna uwzględniać wszystkie koszty wykonania zamówienia („Wykonawca oferując wysokość opustu musi uwzględnić w ostatecznej cenie Produktów (uwzględniającej opust), wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.”). Tym samym przyjęcie dla danej kategorii średniej arytmetycznej skrajnych wartości opustów, choć z formalnego punktu widzenia było dopuszczalne, to prowadziło do błędu w obliczeniu ceny z uwagi na zaoferowanie opustu, który wymusza sprzedaż oprogramowania po cenie niższej niż koszt zakupu, a zatem nieuwzględniającej wszystkich kosztów realizacji zamówienia, co było wymagane w Roz. X ust. 3 siwz. Jeśli zatem ww. wykonawcy dla danej kategorii produktów, w której było przykładowo 30 pozycji i jedna miała rabat 30% a reszta 0%, wyliczali uśredniony opust stosując średnią arytmetyczną dwóch skrajnych wartości, to prowadziło to do tego, że mogli zaoferować rabat 15%, choć w istocie dla większości produktów musieliby dostarczyć oprogramowanie po cenie 15% niższej niż cena zakupu. Nawet uśrednienie upustów wszystkich produktów powodowałoby, że wynik tego uśrednienia to 1 % (30%, jako suma wszystkich upustów dzielona przez 30 czyli liczbę wszystkich produktów). Wynik 1% i zaoferowanie go Zamawiającemu powodowałoby, że 29 produktów będzie sprzedawanych przez oferenta ze stratą 1%, a tylko jeden z zyskiem 29%, Zaburza to sens realizacji umowy przez Oferenta, bo przez określony czas jej obowiązywania będzie miał dużą niepewność co do pozytywnego wyniku finansowego na koniec trwania umowy. Jediną możliwością realizacji umowy przy tak bardzo rozbieżnych upustach jakie Oferent ma przyznane przez Producenta jest zaoferowanie upustu nie większego niż najniższy spośród danej kategorii. Jeśli Oferent uzyskuje od Producenta upusty w danej kategorii np. od 15 do

20%, to maksymalnym upustem, jaki możliwy jest do zaoferowania jest upust 15% gwarantujący, że nie zostanie wygenerowana strata podczas realizacji zamówień.

Tym samym, jeśli obliczenie opustów zostało dokonane w sposób nie uwzględniający cen producenta i rozbieżności w rabatach na poszczególne produkty z danej kategorii, na co wskazują opusty zaoferowane przez APN Promise, SoftwareOne i T-Systems, to oferta również zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, gdyż nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy.

Można też przyjąć, że Wykonawcy SoftwareOne, APN Promise i T-Systems przyjęli niewłaściwe założenia przy kalkulacji ceny oferty. Założyli, że w poszczególnych kategoriach mogą zaoferować nierealne, niezgodne z systemem licencjonowania ceny z uwagi na to, że Zamawiający nie będzie zamawiał produktów z poszczególnych kategorii. Wówczas zaoferowanie uśrednionego nawet 100% rabatu nie wpływałoby na możliwość realizacji zamówienia. Takie wyliczenie ceny należy uznać za niezgodne z przekazanymi przez Zamawiającego informacjami w Załączniku nr 5 do SIWZ w których określił „Wykaz szacowanych wartości zamówień częściowych w okresie trwania umowy”. Tym samym nie jest uprawnione założenie, że Zamawiający nie będzie dokonywał zakupu określonych produktów. Jeśli zatem w ten sposób zostały skalkulowane oferty wykonawców SoftwareOne, APN Promise i T-Systems, należy uznać, że w kalkulacji ceny jest błąd i oferty powinny zostać odrzucone jako zawierające błąd w obliczeniu ceny lub kosztu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp.

Odwołujący zastrzega możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak na wstępie.

#### Załączniki:

1. Odpis z KRS;
2. Pełnomocnictwo;
3. Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Potwierdzenie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
5. Kopia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.
6. Załącznik nr 1 Tabela cen;

Załącznik nr 1 Tabela cen

	MAX WARTOŚĆ UMOWY BRUTTO					
	5 100 000,00 zł					
<b>Kategoria przedmiotu zamówienia:</b>	<b>PODZIAŁ WARTOŚCI PRODUKTÓW Z POSZCZEGÓLNYCH KATEGORII</b>	<b>MAX % UPUSTU PARTNERA LSP JAKI MOŻE ZAOFEROWAĆ W DANEJ KATEGORII</b>	<b>CENA ERP BRUTTO</b>			
1. Licencje w ieczyste i prawa do uaktualniania	1 800 000,00 zł	17,39%	2 178 912,96 zł			
2. Subskrypcje pakietów oprogramowania	3 300 000,00 zł	0,00%	3 300 000,00 zł			
	5 100 000,00 zł		5 478 912,96 zł			
<b>OFERTA SOFTWARE ONE</b>						
<b>Kategoria przedmiotu zamówienia:</b>	<b>CENA ERP BRUTTO</b>	<b>MAX % UPUSTU PARTNERA LSP JAKI MOŻE ZAOFEROWAĆ W DANEJ KATEGORII</b>	<b>UPUST W % ZAOFEROWANY PRZEZ SOFTWARE ONE</b>	<b>KOSZT PARTNERA LSP</b>	<b>CENA SOFTWARE ONE</b>	<b>WYNIK FINANSOWY SOFTWARE ONE</b>
1. Licencje w ieczyste i prawa do uaktualniania	2 178 912,96 zł	17,39%	21,50%	1 800 000,00 zł	1 710 446,68 zł	- 89 553,32 zł
2. Subskrypcje pakietów oprogramowania	3 300 000,00 zł	0,00%	21,00%	3 300 000,00 zł	2 607 000,00 zł	- 693 000,00 zł
	5 478 912,96 zł			5 100 000,00 zł	4 317 446,68 zł	- 782 553,32 zł
<b>OFERTA APN PROMISE</b>						
<b>Kategoria przedmiotu zamówienia:</b>	<b>CENA ERP BRUTTO</b>	<b>MAX % UPUSTU PARTNERA LSP JAKI MOŻE ZAOFEROWAĆ W DANEJ KATEGORII</b>	<b>UPUST W % ZAOFEROWANY PRZEZ APN PROMISE</b>	<b>KOSZT PARTNERA LSP</b>	<b>CENA APN PROMISE</b>	<b>WYNIK FINANSOWY APN PROMISE</b>
1. Licencje w ieczyste i prawa do uaktualniania	2 178 912,96 zł	17,39%	22,63%	1 800 000,00 zł	1 685 824,96 zł	- 114 175,04 zł
2. Subskrypcje pakietów oprogramowania	3 300 000,00 zł	0,00%	20,63%	3 300 000,00 zł	2 619 210,00 zł	- 680 790,00 zł
	5 478 912,96 zł			5 100 000,00 zł	4 305 034,96 zł	- 794 965,04 zł
<b>OFERTA T SYSTEMS</b>						
<b>Kategoria przedmiotu zamówienia:</b>	<b>CENA ERP BRUTTO</b>	<b>MAX % UPUSTU PARTNERA LSP</b>	<b>UPUST w % ZAOFEROWANY PRZEZ IS</b>	<b>KOSZT PARTNERA LSP</b>	<b>CENA IS</b>	<b>WYNIK FINANSOWY IS</b>
1. Licencje w ieczyste i prawa do uaktualniania	2 178 912,96 zł	17,39%	16,50%	1 800 000,00 zł	1 819 392,33 zł	19 392,33 zł
2. Subskrypcje pakietów oprogramowania	3 300 000,00 zł	0,00%	14,15%	3 300 000,00 zł	2 833 050,00 zł	- 466 950,00 zł
	5 478 912,96 zł			5 100 000,00 zł	4 652 442,33 zł	- 447 557,67 zł
<b>OFERTA INTEGRATED SOLUTIONS</b>						
<b>Kategoria przedmiotu zamówienia:</b>	<b>CENA ERP BRUTTO</b>	<b>MAX % UPUSTU PARTNERA LSP</b>	<b>UPUST w % ZAOFEROWANY PRZEZ IS</b>	<b>KOSZT PARTNERA LSP</b>	<b>CENA IS</b>	<b>WYNIK FINANSOWY IS</b>
1. Licencje w ieczyste i prawa do uaktualniania	2 178 912,96 zł	17,39%	11,00%	1 800 000,00 zł	1 939 232,54 zł	139 232,54 zł
2. Subskrypcje pakietów oprogramowania	3 300 000,00 zł	0,00%	0,00%	3 300 000,00 zł	3 300 000,00 zł	- zł
	5 478 912,96 zł			5 100 000,00 zł	5 239 232,54 zł	139 232,54 zł