

Sygn. akt: KIO 1014/12

WYROK
z dnia 6 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa**

przy udziale **Comparex Poland Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie złożonego przez Przystępującego wykazu zamówień oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o., Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa** na rzecz **Konsorcjum: Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o., Fujitsu**

Technology Solutions Sp. z o.o. kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) 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 – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup usług wsparcia technicznego Microsoft Software Assurance i oprogramowania Microsoft w ramach umowy Microsoft Enterprise Editio przez okres 36 miesięcy.*

W dniu 18 maja 2012 r. Konsorcjum w składzie: Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o., Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. wniosło odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 2, art. 8 ust. 1, 2 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b, 3 oraz 4, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 5; art. 90 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, dokonując oceny oferty firmy Comparex zaniechał dołożenia należytej staranności dla zbadania i ustalenia skuteczności dokonanego przez firmę Comparex zastrzeżenia wykazu dostaw wraz z referencjami oraz zobowiązania podmiotu trzeciego do udzielenia swych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w razie stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, powinien natychmiast wyłączyć zakaz ujawniania zastrzeżonych informacji. Zamawiającym dokonał takiej czynności, ale wyłącznie w odniesieniu do dokumentów takich jak KRS, zaświadczenie z ZUS, US, zaświadczeń z KRK. Zamawiający dokonując badania przedmiotowej oferty całkowicie pominął, że Comparex mógł posłużyć się w danym postępowaniu dla wykazania spełnienia warunku udziału w nim zasobami (wiedzą i doświadczeniem) firmy Comparex Deutschland AG. Powyższe ustalenie wynika z ogólnej wiedzy Odwołującego o rynku informatycznym, a w tym przypadku rynku ograniczonego wyłącznie do oprogramowania Microsoft.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący podał, że dokumentami utajnionymi przez Comparex są:

1. wykaz co najmniej dwóch wykonanych zamówień z ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o wartości każdego z nich nie mniejszej niż 1,5 mln zł brutto

polegających na świadczeniu usługi Software Assurance oraz dostawie oprogramowania firmy Microsoft;

2. dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie;
3. pisemne zobowiązanie do uczestniczenia w realizacji zamówienia podmiotu na którego doświadczeniu i wiedzy polega wykonawca.

Zdaniem Odwołującego, wykaz wykonanych zamówień generalnie może być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile w wykazie tym uwidocznione zostałyby osoby prywatne, a nie podmioty finansowane ze środków publicznych. Odwołujący i Zamawiający nie powziął informacji o ewentualnych niezbędnych działaniach, jakie byłyby podjęte przez Comparex w celu zachowania poufności informacji szczególnie, że dokumenty utajnione przez Comparex są dokumentami ujawnionymi w trakcie innych postępowań, a ponadto nie mogą podlegać utajnieniu wobec faktu wystawienia ich przez podmioty o statusie podmiotów publicznych. Zamawiający powinien odtajnić informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Można bowiem uczynić to fragmentarycznie, zakreślając (w taki sposób, by nie ujawniać danych wrażliwych) zakres i wartość kontraktów. Nie może być w żadnej mierze dokonane utajnienie w części odpowiadającej postawionemu przez Zamawiającego warunkowi. Zamawiający nie podjął działań mających na celu ujawnienie informacji mających choćby wyłącznie potwierdzić spełnienie wymagań przez firmę COMPAREX Poland Sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził ponadto, na podstawie referencji firmy Comparex ujawnionych w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Pomorską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. (ogłoszonym w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 201 I/S 175-287737 z 13.09.2011 r.), że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z następujących powodów:

1. w referencji wystawionej przez DVZ Datenverarbeitungszentrum zawarto informacje, iż w ramach umowy w okresie 01.06.2007 - 31.05.2011 była realizowana dostawa licencji o wartości przekraczającej 1 mln euro. Ponieważ trzyletni okres poprzedzający składanie ofert rozpoczyna bieg 05.04.2009 r., niezbędne było ustalenie wartości zamówienia w okresie od 05.04.2009 do 31.05.2011;
2. w referencji wystawionej przez Bundesagentur fur Arbeit zawarto informację, iż w ramach umowy w okresie 1.12.2008 - 30.11.2013 była realizowana dostawa licencji Microsoft o nieokreślonej wartości. W świetle aktualnego orzecznictwa nie uznaje się za wystarczające uzyskanie referencji potwierdzającej, że zamówienie jest realizowane, gdyż zgodnie z wymogiem Zamawiającego warunkiem udziału było zrealizowanie, a nie

realizowanie. Ponadto brak możliwości potwierdzenia spełnienia warunku wartości 1,5 mln zł zrealizowanego zamówienia;

3. w referencji wystawionej przez gkv informatyk GbR zawarto informacje, iż w ramach umowy w okresie 15.12.2007 - 31.12.2011 była realizowana dostawa licencji o wartości 1030290,98 euro. Ponieważ trzyletni okres poprzedzający składanie ofert rozpoczyna bieg 05.04.2009 r., niezbędne było ustalenie wartości zamówienia w okresie od 05.04.2009 do 31.12.2011.
4. we wszystkich referencjach zamawiającymi są podmioty publiczne, a więc referencje te nie podlegają utajnieniu. Bez znaczenia jest fakt, iż siedziby zamawiających znajdują się w Niemczech, albowiem w danej sytuacji mamy do czynienia z przepisami prawa unijnego -między innymi dyrektywą nr 2004/WE.
5. we wszystkich referencjach potwierdzone zostało wyłącznie realizowanie lub zrealizowanie dostaw licencji, co wskazuje na niespełnienie przez firmę Comparex warunku Zamawiającego w zakresie potwierdzenia realizacji świadczenia usługi Software Assurance. W sposób jednoznaczny rozróżniane są dostawy od usług, a wykonania usług nie zawiera żadna z przekazywanych przez nas referencji.
6. wszystkie z przywołanych wyżej referencji dotyczą podmiotu dostawcy, którym jest COMPAREX Deutschland AG, co wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu niezbędnym było złożenie zobowiązania tego podmiotu do realizacji zamówienia. Oświadczenie takie w żadnej mierze nie może podlegać utajnieniu, gdyż nie stanowi żadnej informacji mogącej naruszać tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto oferta złożona przez Comparex zawiera – zdaniem Odwołującego – rażąco niską cenę. Odwołujący podniósł, że zgodnie z globalnymi zasadami polityki cenowej firmy Microsoft, Microsoft nie preferuje cenowo żadnego ze swoich partnerów, a jedynie klasyfikuje klientów końcowych do określonych grup, najwięksi klienci, do jakich na pewno zalicza się Zamawiający są klasyfikowani do grupy klientów klasy Enterprise posiadających w ramach tejże grupy 4 różne poziomy A, B, C, D. Zasada ta dotyczy również firm partnerskich posiadających status LAR (Large Account Reseller) posiadających możliwość dostarczania oprogramowania i związanych z nim usług utrzymania w ramach programu licencyjnego Microsoft Enterprise Agreement, z którego mogą korzystać jedynie klienci klasy Enterprise na określonych posiadanych przez siebie poziomach. W przypadku programu licencyjnego Enterprise Agreement nie jest też możliwe wcześniejsze zamówienie licencji, albowiem wymaga to podpisania trójstronnego formularza rejestracyjnego (umowy rejestracyjnej) Microsoft przez klienta, podmiot obsługujący LAR oraz Microsoft. Uwzględniając powyższe zasady nie istnieje możliwość, aby firma Comparex nabyła wcześniej licencje – po znacznie niższych cenach, które aktualnie mogłaby zaoferować dla Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że ze względu na koszty, jakie firma Comparex zobowiązana będzie ponieść w przypadku podpisania umowy z Zamawiającym, oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Przywoływane wyżej koszty są wyrażone w EUR a biorąc pod uwagę wielkość kursu EUR/PLN nie jest możliwe zrealizowanie tej umowy przez firmę Comparex bez poniesienia straty. Dodatkowo należy wskazać, że nie zostały uwzględnione znaczące koszty finansowania, które wynikają z faktu, iż harmonogram płatności odsprzedawcy do firmy Microsoft jest liniowy, tzn. co roku po 1/3 z góry, podczas gdy harmonogram płatności Zamawiającego do odsprzedawcy to 24% w pierwszym roku i po 38% w drugim i trzecim roku. Ponadto rzeczywista kalkulacja powinna zawierać bardzo istotne koszty zabezpieczenia ryzyka walutowego, gdyż koszty wyrażone są w Euro, a przychody w PLN, co biorąc pod uwagę niestabilną sytuację walutową i bardzo prawdopodobną deprecjację PLN (aktualnie już występującą) jest absolutną koniecznością.

Odwołujący wskazał, że środki zabezpieczone przez Zamawiającego na przedmiotowe zadanie wynoszą prawie 44,5 mln zł, podczas gdy oferta firmy Comparex opiewa na kwotę ok. 38,8 mln zł. Zamawiający poprzez zaniechanie ustalenia i wyjaśnienia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny naruszył przepisy ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o., powtórzenia czynności oceny ofert, ujawnienia dokumentów nie posiadających statusu tajemnicy, uzyskania przez zamawiającego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty firmy Comparex z uwagi na rażąco niską cenę oferty oraz wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VI pkt 1.1.a SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zrealizowali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dwa zamówienia o wartości każdego z nich nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto o charakterze podobnym do zakresu prac niniejszego zamówienia, tj. polegających na świadczeniu usługi Software Assurance oraz dostawie oprogramowania firmy Microsoft w ramach umowy typu Enterprise. Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą wykaz wykonanych zamówień, z podaniem ich wartości, przedmiotu,

dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te zamówienia zostały wykonane należycie (wg załącznika nr 4 do SIWZ).

Przystępujący załączył do oferty dokumenty referencyjne oraz oświadczenie podmiotu trzeciego o prawie wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. do posługiwania się tymi referencjami. W dniu 16 kwietnia 2012 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wykazu zamówień oraz – jeżeli powołuje się na zasoby innych podmiotów – pisemnego zobowiązania do udostępnienia wykonawcy tych zasobów (Zamawiający wskazał, że złożone oświadczenie nie zawiera takiego zobowiązania). Jednocześnie Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów na okoliczność, że informacje zastrzeżone w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia oraz wykaz wykonanych zamówień (trzy dostawy licencji i software assurances, zrealizowane przez Comparex Deutschland), dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie i pisemne zobowiązanie ww. podmiotu do udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia. Przystępujący poinformował, że złożone wyjaśnienia oraz dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do ceny oferty Przystępującego Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z wzorem formularza ofertowego (zał. nr 1 do SIWZ), w ofercie należało podać cenę za licencje oprogramowania systemowego (Tabela nr 1) oraz cenę usług Software Assurance (Tabela nr 2).

Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia wynosi 44.489.521,88 zł.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 44.478.399,00 zł, natomiast oferta Przystępującego opiewała na kwotę 38.844.158,64 zł (w tym: licencje oprogramowania systemowego 436.166,41 zł, usługi software assurances 38.407.992,23 zł).

W dniu 23 maja 2012 r. Przystępujący skierował do Zamawiającego pismo, w którym poinformował, że szacując cenę nie uwzględnił ryzyka tak znacznego wzrostu kursów walut w stosunku do złotego. Oświadczył, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku, a wykonanie zamówienia naraża Comparex na poniesienie rażącej straty. Przystępujący wniósł o rozważenie przez Zamawiającego unieważnienia wyboru oferty i jej odrzucenie z powodu rażąco niskiej ceny jeszcze przed rozpatrzeniem odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może uzyskać zamówienie – spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba nie rozpatrzyła merytorycznie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt, że Odwołujący podczas posiedzenia oświadczył, że nie podtrzymuje tego zarzutu.

Zarzut dotyczący nieuprawnionego uznania informacji przedstawionych w ofercie Przystępującego za tajemnicę przedsiębiorstwa został częściowo uwzględniony przez Zamawiającego, który w dniu 4 czerwca 2012 r. uznał za jawne następujące dokumenty: pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów, wykaz zrealizowanych zamówień w części dotyczącej poz. 1 i 2 oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych zamówień. W związku z powyższym, przedmiotem rozstrzygnięcia Izby była zasadność uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o zamówieniu przedstawionym w poz. 3 wykazu i referencji dotyczących tego zamówienia.

W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o wykonanym zamówieniu wskazanym w pozycji 3 wykazu oraz dokumentu potwierdzającego jego należyte wykonanie.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie.

Należy w tym miejscu wskazać, że to na wykonawcy powołującym się na tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek wykazania okoliczności uzasadniających zastrzeżenie określonych informacji. Obowiązek ten istnieje zarówno wobec Zamawiającego (który co do zasady zobligowany jest ujawnić wszelkie dokumenty złożone w postępowaniu), jak i w postępowaniu odwoławczym. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy kwestionującego

zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w niniejszej sprawie – Odwołującego) udowodnienia, że dokumenty, których treści nie zna, w istocie takiej tajemnicy nie stanowią.

W ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał, jaką wartość gospodarczą mają informacje o dostawach i usługach wskazanych w poz. 3 wykazu. Informacje te obejmują dane o wartości, przedmiocie, dacie wykonania i odbiorcy zamówienia, a Przystępujący ani w wyjaśnieniach złożonych na żądanie Zamawiającego, ani w toku postępowania odwoławczego nie powołał żadnych konkretnych okoliczności uzasadniających tezę o wartości gospodarczej tych informacji. Za okoliczność taką nie może być uznany fakt, że odbiorca przedmiotowego zamówienia nie jest podmiotem publicznym. Status kontrahenta nie przesądza o możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o samym fakcie zrealizowania dostaw i usług oraz podstawowych informacji na temat kontraktu (takich jak wartość czy data wykonania).

Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał też, aby podjęte były działania zmierzające do zachowania poufności tych informacji. Wykonawca powołał się jedynie na klauzule zamieszczone w umowach o pracę osób zatrudnionych w spółce udostępniającej zasoby oraz w Comparex Poland, zobowiązujące pracowników do nieujawniania informacji zdobytych przy świadczeniu pracy, nie przedstawił jednak na to żadnych dowodów. Wykonawca nie był w stanie określić kręgu osób mających dostęp do informacji o kontrakcie wskazanym w poz. 3 wykazu, nie wykazał, aby osoby te złożyły pisemne zobowiązanie do zachowania poufności, nie przedstawił procedur mających zapobiegać ich ujawnieniu. Co więcej, Przystępujący nie ma wiedzy, czy i jak informacje te są strzeżone przez podmiot udostępniający zasoby (Comparex Deutschland) i przez jego kontrahenta.

W związku z powyższym Izba uznała, że brak jest okoliczności uzasadniających zastrzeżenie danych przedstawionych w wykazie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tych samych powodów nie ma podstaw do uznania za taką tajemnicę dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia tych informacji stanowi naruszenie art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem w zależności od oceny dostaw i usług wskazanych w poz. 1 i 2 wykazu złożonego przez Przystępującego, do wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia może okazać się konieczne poddanie ocenie zamówienia z poz. 3.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego.

Cena zaoferowana przez Przystępującego (38.844.158,64 zł) jest niższa o niespełna 13 % od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz

od ceny oferty Odwołującego. Występowanie takiej różnicy pomiędzy cenami ofert jest w postępowaniu przetargowym naturalne i nie stwarza automatycznie obowiązku wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, porównanie cen w złożonych ofertach oraz kwoty przeznaczonej na przedmiotowe zadanie przez Zamawiającego, nie dawało podstaw do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia, także przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia.

Za dowód rażąco niskiej ceny nie może być uznane stanowisko Przystępującego, który oświadczył, że nie może za tę cenę wykonać zamówienia. Po pierwsze należy stwierdzić, że Przystępujący – niezgodnie z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp – przedstawił stanowisko sprzeczne ze stanowiskiem strony do której przystąpił, tj. ze stanowiskiem Zamawiającego. Niezależnie od tego, stanowisko zarówno Odwołującego, jak i Przystępującego zostało oparte na gołosłownych tezach, że cena licencji oprogramowania systemowego, które muszą być zakupione od Microsoft, jest ceną sztywną, co wyklucza różnice w cenach poszczególnych ofert oraz że Przystępujący kalkulując cenę oferty nie uwzględnił ryzyka kursowego. Nie przedstawiono dowodów potwierdzających niemożliwość zakupu przez Przystępującego licencji po niższej cenie. Ponadto, wynagrodzenie za dostawę licencji (436.166,41 zł) stanowi zaledwie 1,1% ceny oferty, natomiast pozostała część to wynagrodzenie za usługi wsparcia technicznego. W żaden sposób nie wykazano również błędu, który Przystępujący miał popełnić kalkulując cenę oferty. Przystępujący powołał się na przeprowadzoną ponownie kalkulację, która wykazała, że nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, nie przedstawił jednak na tę okoliczność żadnych wyliczeń. Podkreślić należy, że profesjonalny podmiot biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności przy sporządzaniu oferty, którą pozostaje związany w określonym przez Zamawiającego terminie i nie może zwolnić się ze swojego zobowiązania gołosłownie oświadczając, że popełnił błąd kalkulując cenę oferty. Zachowanie takie może być poczytane za działanie zmierzające do uchylecia się od zobowiązania ofertowego, z pominięciem określonych w przepisach konsekwencji takiego uchylecia się.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający poprzez nieujawnienie dokumentów złożonych w postępowaniu przez Przystępującego naruszył przepisy ustawy, a naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: