

Sygn. akt KIO 1749/13

WYROK

z dnia 2 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Nowicka

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Bonair S.A., ul. Rzymowskiego 34, 02-697 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **InfoScope SA, ul. Trzy Lipy 3, 80-172 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Bonair S.A., ul. Rzymowskiego 34, 02-697 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Bonair S.A., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze 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 na „Zakup usługi Utrzymania oraz Modyfikacji systemu monitorowania kredytów inwestycyjnych z dopłatami ARiMR (SI-Agencja*KI)”.

Odwołujący: Bonair S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego, polegającą na:

- 1) zaniechaniu czynności wykluczenia z postępowania InfoScope S.A. w Gdańsku, (dalej jako: „InfoScope”) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. i uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą na zasadzie przepisu art. 24 ust. 4 p.z.p.;
- 2) zaniechaniu czynności wykluczenia z postępowania InfoScope na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji przez tego wykonawcę mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 3) zaniechaniu czynności odtajnienia pisma InfoScope, stanowiącego odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2013 r. oraz wszelkiej innej jawnej części dokumentacji postępowania nieudostępnionej Odwołującemu;
- 4) zaniechaniu czynności ujawnienia Odwołującemu jawnej części dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czym Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 ustawy p.z.p;
- 5) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty InfoScope na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 oraz 4 p.z.p. oraz
- 6) uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez InfoScope.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 3 p.z.p. oraz art. 24 ust. 4 p.z.p. poprzez zaniechanie czynności wykluczenia InfoScope z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, pomimo tego, że wykonawca ten nie wniósł wadium w ustawowo przewidzianym terminie;
- 2) naruszenie art. 91 p.z.p. poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez InfoScope, pomimo tego, iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na zasadzie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., a jego oferta powinna zostać uznana za

odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 p.z.p.,

3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez InfoScope, pomimo tego, że jej treść jest niezgodna z ustawą;

4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez InfoScope, pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

5) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty InfoScope, pomimo tego, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;

6) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty InfoScope, pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

7) naruszenie art. 91 p.z.p. poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez InfoScope, pomimo tego, iż oferta złożona przez InfoScope powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 oraz pkt 4 p.z.p.

8) naruszenie art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 8 ust. 3 p.z.p. oraz art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.; dalej „uznk.”), poprzez zaniechanie czynności odtajnienia pisma InfoScope, stanowiącego odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2013 r. oraz wszelkiej innej jawnej części dokumentacji postępowania nieudostępnionej Odwołującemu.

Oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tym samym Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, jako podmiot, który ma interes w tym, aby oferta InfoScope została odrzucona przez Zamawiającego, a oferta Odwołującego wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1) ujawnienia pisma InfoScope, stanowiącego odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2013 r. oraz wszelkiej innej jawnej części dokumentacji postępowania nieudostępnionej Odwołującemu,

2) wykluczenie z postępowania InfoScope oraz uznanie oferty, złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą;

3) odrzucenia oferty złożonej przez InfoScope oraz

4) dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego i

5) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania w dniu 8 lipca 2013 r., tj. w dniu przekazania przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania podtrzymane w toku rozprawy odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty InfoScope na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 p.z.p.

[Konieczność modyfikacji oprogramowania składającego się na środowisko produkcyjne systemu w ramach realizacji Usług objętych zamówieniem]

Zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia zawartym we Wzorze Umowy, stanowiącym załącznik nr 9 SIWZ, przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje realizację usług świadczonych w ramach: grupy Usług Utrzymania Środowiska (G1), grupy Usług Zapewnienia Jakości (G2), w ramach których wykonawca zobowiązany jest m.in. do świadczenia Usługi Usuwania Wad (G2U1) oraz Usługi Zarządzania Kodem (G2U2), grupy Usług Administracji System Informatycznym oraz grupy Usług Rozwoju (G4) w ramach, której wykonawca zobowiązany jest do świadczenia przez wykonawcę Usługi Modyfikacji, (art. 2 ust. 1 i 2 Wzoru umowy), a także realizację Usług Zleceń Operacyjnych, które to usługi zostały szczegółowo opisane w Załącznikach od 1 do 14, 27 oraz 29 Wzoru Umowy.

Ze szczegółowego opisu usług, jakie wykonawca zobowiązany jest świadczyć w ramach realizacji niniejszego zamówienia, jednoznacznie wynika, że świadczenie:

- Usług Usuwania Wad (G2U1),
- Usług Zarządzania Kodem (G2U2), oraz
- Usług Modyfikacji

wiąże się z koniecznością wprowadzania zmian i modyfikacji do środowiska produkcyjnego Systemu, tj. z modyfikacją dowolnych elementów i fragmentów kodów źródłowych całego Systemu, w tym również wszystkich elementów składających się na środowisko produkcyjne Systemu.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, wskazanym w Załączniku nr 2A Wzoru Umowy i dotyczącym Usług Usuwania Wad (G2U1). celem świadczenia Usługi G2U1 jest naprawa Wad wykrytych w Systemie Informatycznym w trakcie jego eksploatacji.

Z opisu Usługi Usuwania Wad (Załącznik nr 2A Wzoru Umowy) wynika, że Zamawiający oczekuje, że efektem wykonywania usługi Usuwania Wad z tzw. grupy usług G2 będą m.in.:

poprawki Systemu usuwające wady; wersje instalacyjne Systemu zawierające nowe wersje Systemu uwzględniające Poprawki; aktualne i zawierające prawidłowe informacje repozytoria kodów, dokumentacji i konfiguracji.

Usunięcie Wady oprogramowania Systemu SI oznacza wykonanie stosownej Poprawki w oprogramowaniu, poprzez zmianę lub modyfikację oprogramowania składającego się na System oraz elementy środowiska produkcyjnego Systemu, skompilowanie takiego oprogramowania i zbudowanie wersji wykonywalnej oprogramowania tak, aby nastąpiło skuteczne wdrożenie Poprawki w Środowisku Produkcyjnym Zamawiającego.

Zgodnie z Zakresem Usługi Zarządzania Kodem w repozytorium kodu musi znajdować się przynajmniej: 1) Kod źródłowy i wersja skompilowana Systemu, 2) Skrypty konfiguracyjne i budujące Systemu, 3) Lista i sposób wykorzystania zewnętrznych bibliotek, 4) Poprawki oraz 5) Modyfikacje i Zlecenia Operacyjne.

W ramach realizacji Usługi Zarządzania Kodem wykonawca, na podstawie zgłoszeń oraz niezależnie od zgłoszeń Zamawiającego, ma obowiązek podejmować m.in. następujące działania niezbędne dla zapewnienia celu, kompletności i efektywności Usługi, które są immanentnie związane z koniecznością ingerencji w kod źródłowy Systemu oraz poszczególnych elementów środowiska produkcyjnego tego systemu:

- 1) integrację kodów źródłowych Modyfikacji lub Zlecenia Operacyjnego przekazywanych przez grupę Usług G4 lub Usługę Zleceń Operacyjnych z kodem źródłowym Systemu Informatycznego na potrzeby odbiorców;
- 2) dbanie o spójność oraz aktualność repozytorium i poprawność kompilacji przechowywanych w nim kodów źródłowych;
- 3) tworzenie wersji instalacyjnych, umożliwiających zainstalowanie nowych wersji Systemu Informatycznego w Środowisku Produkcyjnym, na podstawie zarządzanych kodów źródłowych;
- 4) umożliwienie korzystania z wersji instalacyjnych wraz z instrukcją instalacji dla potrzeb realizacji Usługi G1U3.

Z kolei, Usługa Modyfikacji należąca do grupy Usług Rozwoju (G4), szczegółowo opisana w Załączniku nr 4A do Wzoru Umowy, obejmuje realizację Modyfikacji, zgodnie z podpisanym Zamówieniem oraz budowę kodu źródłowego Modyfikacji w oparciu o standardy kodu wypracowane w ramach grupy Usług G2.

Usługa Modyfikacji ogranicza się w zasadzie do wykonywania uzgodnionych z Zamawiającym zmian (modyfikacji) w istniejącej już wersji Systemu, a także skompilowania tak zmodyfikowanego oprogramowania oraz zbudowania wersji wykonywalnej oprogramowania.

Powyżej przytoczony opis Usług Usuwania Wad (G2U1), Usług Zarządzania Kodem (G2U2),

oraz Usług Modyfikacji (G4) wskazuje, że wykonawca, aby realizować w sposób należyty przedmiot umowy, zgodnie z postanowieniami Wzoru Umowy, stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ musi posiadać zarówno techniczną jak i prawną możliwość modyfikowania wszystkich elementów składających się na system SI-Agencja*KI.

[Budowa środowiska produkcyjnego Systemu]

Z dokumentacji technicznej Systemu przedłożonej wykonawcom w toku postępowania, a także z opisu Systemu, stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ oraz z załącznika nr 20 do Wzoru Umowy (Założenia Architektoniczne) wynika, że środowisko produkcyjne Systemu, które objęte jest usługami utrzymania w ramach realizacji zamówienia, tj. wszystkimi usługami opisanymi we Wzorze Umowy, stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ, składa się z oprogramowania aplikacyjnego oraz bazy danych. Aplikacja wykonana jest natomiast przy pomocy następujących komponentów:

- a) pakietu narzędzi programistycznych: Microsoft VisualStudio 6.0. Enterprise Edition,
- b) narzędzia do projektowania raportów: Crystal Report 8.5 Developer oraz
- c) dodatkowych komponentów takich jak:
 - Data Widgets wersja 3.1 producent Infrigistics,
 - SharpGrd 2.0 - producent DataDynamics,
 - Active Size 1.0 - producent Data Dynamics,
 - Dsoframer.ocx 1.3 producent Microsoft

Skoro, w ramach realizacji zamówienia całe środowisko produkcyjne Systemu miało zostać objęte usługą utrzymania opisaną szczegółowo w Załączniku nr 9 do SIWZ, to wykonawca przystępujący do przetargu musi mieć i zapewnić we własnym zakresie techniczną oraz prawną możliwość modyfikacji oraz wprowadzania zmian we wszystkich komponentach oprogramowania, składających się na środowisko produkcyjne Systemu.

Powyższy fakt został wyraźnie potwierdzony przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania wykonawców zadanych po ogłoszeniu SIWZ; na pytanie nr 1 przekazane wykonawcom w dniu 26.04.2013 r. Zamawiający wskazał, że „Zamawiający nie dostarcza Wykonawcy w ramach niniejszej Umowy licencji oprogramowania wspomagającego.”:

W odpowiedzi na pytanie nr 4 Zamawiający podkreślił, że wersja instalacyjna, którą Zamawiający przekaże wykonawcy „nie obejmuje skryptów budujących oraz oprogramowania wspomagającego.”; w odpowiedzi na pytanie nr 35 przekazane o treści „W zakres Usług Zarządzania Kodem wchodzi tworzenie wersji instalacyjnych. Czy w związku z tym Zamawiający zapewnia niezbędną infrastrukturę i licencje dedykowane na potrzeby budowy aplikacji?” Zamawiający jednoznacznie odpowiedział, że „Nie. Zamawiający nie zapewnia Wykonawcy niezbędnej infrastruktury ani też licencji dedykowanych na potrzeby systemu budowy aplikacji.”

Tym samym, zdaniem Odwołującego, wymóg posiadania odpowiednich legalnych narzędzi technicznych koniecznych do utrzymywania i świadczenia usług opisanych w SIWZ dla środowiska produkcyjnego Systemu wynikał jednoznacznie z dokumentacji postępowania. Skoro zatem z technicznego punktu widzenia dla zrealizowania części usług wymienionych we wzorze Umowy, stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ, konieczne jest dokonywanie modyfikacji poszczególnych komponentów Systemu, to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi posiadać wszelkie niezbędne licencje deweloperskie umożliwiające modyfikację poszczególnych komponentów składających się na środowisko produkcyjne Systemu, tak aby zapewnić prawidłową realizację zamówienia.

Z powyższej konieczności posiadania przez wykonawców odpowiedniego oprogramowania deweloperskiego zdawał sobie również Zamawiający, który pismem z 28 czerwca 2013 r. wezwał wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu do wyjaśnienia, czy posiadają oni niezbędne licencje do komponentów składających się na środowisko produkcyjne System, w szczególności w zakresie tych komponentów oprogramowania, które zostały już wycofane ze sprzedaży (z rynku). Dopytując się o zapewnienie przez wykonawców odpowiednich licencji Zamawiający wyraźnie odwołał się w wezwaniu do wyjaśnień do kwestii przygotowania środowiska testowego w liczbie „umożliwiającej Wykonawcy jednoczesne usuwanie Wad oraz rozwiązywanie problemów w Systemie informatycznym i rozwijanie nowych funkcjonalności”. Tym samym, dla profesjonalnie występujących w obrocie wykonawców, oczywistym było, że Zamawiający zażądał potwierdzenia faktu możliwości zapewnienia przez wykonawców modyfikacji i rozwijania nowych funkcjonalności Systemu SI-Agencja*KI, które wiązać się będą z koniecznością modyfikacji i zmiany obcych komponentów środowiska produkcyjnego i testowego Systemu, w tym również oprogramowania Crystal Reports 8.5 Developer, Data Widgets wersja 3.1; SharpGrd 2.0; Active Size 1.0 oraz - producent Data Dynamics.

Odwołujący stwierdził, że InfoScope nie może być w posiadaniu wszystkich spośród wymienionych licencji deweloperskich do następujących komponentów oprogramowania: Crystal Reports 8.5 Developer, Data Widgets wersja 3.1; SharpGrd 2.0; Active Size 1.0, a także podmiot ten nie może w przyszłości wejść w posiadanie tych licencji na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. Gdyby w treści wyjaśnień InfoScope zawarte było twierdzenie przez ten podmiot o posiadaniu wszystkich licencji Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia InfoScope na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 up.z.p. w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W zakresie tak postawionego zarzutu Odwołujący wnosi o przeprowadzenie przez Izbę dowodu z wyjaśnień InfoScope jakie zostały udzielone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2013 r.

[Niemożliwość realizacji przez InfoScope SA zamówienia objętego niniejszym postępowaniem]

Z ogólnie dostępnych danych zawartych w KRS wynika, że spółka InfoScope S.A., którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu działająca wcześniej jako spółka InfoScope sp. z o.o., (ITIGO Sp. z o.o.), powstała z połączenia spółek Petrocomp Sp. z o.o. z luvi Solutions Sp. z o.o. na podstawie uchwały walnego zgromadzenia wspólników Petrocomp podjętej 7 stycznia 2009 i uchwały walnego zgromadzenia wspólników luvi Solutions z tego samego dnia. Natomiast, spółki, będące poprzednikami prawnymi spółki InfoScope sp. z o.o., a tym samym również spółki InfoScope S.A. zostały założone pod koniec 2007 r. – luvi Solutions Sp. z o.o. w dniu 10.10.2007r., natomiast spółka Petrocomp Sp. z o.o. powstała w dniu 5.12.2007r.

Dowód: Odpisy z KRS oraz ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym wykazujące historię powstania spółki InfoScope SA

Z powyższego wynika, że spółka InfoScope S.A., a także jej poprzedniczki prawne nie mogły nabyć od producenta licencji deweloperskich na oprogramowanie, w przypadku którego zaprzestanie udzielania licencji nastąpiło przed data powstania poprzedniczek spółki InfoScope S.A.

Tymczasem, część komponentów oprogramowania składająca się na środowisko produkcyjne Systemu Agencja została wycofana z obrotu (producent zaprzestał udzielania licencji na to oprogramowanie) jeszcze przed data powstania poprzedniczek spółki InfoScope S.A..

- a) Crystal Reports 8.5 producenta Seagate Software został wycofany ze sprzedaży przed rokiem 2005, natomiast aktualna wersja 14 produkowana przez SAP jest niekompatybilna z technologią Visual Basic 6;
- b) Sheridan Data Widgets 3.12 producenta Sheridan Software Systems, został wycofany ze sprzedaży przed rokiem 2005 (dystrybuowane było jedynie do września 2004);
- c) ActiveSizer 1.0 producenta DataDynamics, został wycofany ze sprzedaży, utrzymania i rozwoju wraz z końcem z 2004 r.

Natomiast, komponent SharpGrid 2.3 producenta DataDynamics został wycofany ze sprzedaży 1 stycznia 2008 r. Jednakże, mając na uwadze fakt, że spółki - poprzedniczki prawne InfoScope powstały pod sam koniec 2007 r., z dużą dozą prawdopodobieństwa uznać należy, że spółki te również nie miały już okazji nabyć licencji deweloperskich na oprogramowanie SharpGrid 2.3.

Dowód: Opinia biegłego sądowego z zakresu Informatyki Pana Piotra Bardzińskiego (rozdział I Analiza akt sprawy pkt d); s. 6 Opinii),

Ponadto, wszyscy producenci wyżej wymienionego oprogramowania deweloperskiego -

koniecznego do świadczenia usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia nie dopuszczali w warunkach licencji jakiegokolwiek możliwości transferu, przekazania, czy udostępnienia licencji deweloperskich innym podmiotom. Jedyne sposoby pozyskania takich licencji to bezpośredni zakup przez firmę produkującą oprogramowanie od producenta.

I tak, zakaz przenoszenia licencji na oprogramowanie Sheridan Data Widgets 3.12 został przewidziany w punkcie D licencji - Transfer oprogramowania („D: Software Transfer: You May NOT transfer any of your rights under this LICENSE”, tłumaczenie: „D: Przeniesienie licencji: NIE możesz przenosić żadnych praw z tej LICENCJI”). Co więcej, punkt C przedmiotowej licencji wprost przewiduje brak możliwości najmu oraz dzierżawy oprogramowania podmiotom trzecim (oryginalna treść postanowienia: „C. Rental. You may not rent or lease the SOFTWARE” tłumaczenie: „C: Wypożyczenie: Nie możesz wynajmować lub użyczać OPROGRAMOWANIA”) Licencja na oprogramowanie Crystal Reports 8.5 przewiduje w/w zakaz w punkcie f) (oryginalna treść postanowienia: „(f) you will not sublicense, assign, rent, sell lease, distribute or otherwise transfer the Software or any of the rights granted by this License Agreement, unless you obtain a separate license from Crystal for such purposes” tłumaczenie: „Zabronione jest sublicencjonowanie, przeniesienie, wypożyczenie, użyczenie, dystrybucja lub inne rodzaje transferu uprawnień licencyjnych do Oprogramowania lub innych praw przyznanych w ramach niniejszej Licencji bez otrzymania odrębnej licencji od Crystal w tym celu/zakresie”).

Podobny zakaz dotyczący przenoszenia licencji zawarty jest również w licencjach na korzystanie z oprogramowania producenta DataDynamics w sekcji „YOU MAY NOT”, tłumaczenie: „Zabronione”.

Zakup licencji na w/w oprogramowania był możliwy 8-9 lat temu, kiedy powstawały kolejne wersje Systemu i kiedy to Odwołujący się Bonair nabył wszystkie powyżej wymienione licencje niezbędne do świadczenia usług utrzymania środowiska produkcyjnego Systemu.

Oznacza to, że potencjalne nabycie przez InfoScope praw licencyjnych na korzystanie z w/w bibliotek będzie nieskuteczne, w konsekwencji czego, InfoScope nie będzie miało możliwości zarejestrowania u producenta uzyskanych w ten sposób bibliotek. Tym samym, nawet jeżeli InfoScope nabędzie na rynku wtórnym, w celu realizacji przedmiotowego zamówienia, w/w biblioteki, to i tak InfoScope nie będzie posiadało technicznej możliwości stworzenia wykonywalnej wersji oprogramowania, niezbędnej dla zrealizowania zadań programistycznych objętych przedmiotem zamówienia. Podkreślić w tym miejscu należy, że konstrukcja licencji deweloperskich przewiduje prawo do korzystania z komponentów programistycznych przez użytkownika końcowego (Zamawiającego) w ramach licencji skutecznie udzielonej deweloperowi, tj. firmie realizującej utrzymanie lub rozwój

oprogramowania. Oznacza to, że licencja na korzystanie przez Zamawiającego z komponentów wymienionych wcześniej i wykorzystanych do budowy Systemu wynika bezpośrednio z licencji deweloperskiej firmy realizującej prace programistyczne. Wykonawca, który podejmie się realizacji Usług wymienionych w SIWZ musi posiadać zatem legalne, zakupione i zarejestrowane licencje deweloperskie na wymienione komponenty. W przeciwnym przypadku, w razie realizacji usług wymienionych w SIWZ przez podmiot nie posiadający legalnej licencji, Zamawiający również nie będzie posiadać legalnej licencji na korzystanie Systemu, co może narazić Zamawiającego na poważne szkody.

Tym samym, korzystanie z w/w bibliotek przez takiego „wtórnego” nabywcę powodować będzie w oczywisty sposób (wobec korzystania wbrew wyraźnemu zakazowi odsprzedawania i sublicencjonowania licencjonowanych komponentów) naruszenie autorskich praw majątkowych producenta oprogramowania, co spowoduje naruszenie zobowiązań opisanych w artykule 5 ust. 1 Wzoru Umowy, zgodnie z którym „Wykonawca zapewnia, że korzystanie przez Zamawiającego z wszelkich utworów powstałych w wyniku realizacji umowy nie będzie naruszało praw osób trzecich, w szczególności praw autorskich oraz praw własności przemysłowej. [...]”. W przypadku realizacji umowy przy wykorzystaniu w/w bibliotek nielegalnie nabytych na rynku wtórnym dojdzie do dostarczenia zamawiającemu rozwiązań obarczonych wadą prawną. Natomiast wykonawca składając ofertę w niniejszym postępowaniu, zgodnie z art. 10 Wzoru Umowy, gwarantuje Zamawiającemu, że utwory wykonane w ramach Umowy nie będą naruszać własności intelektualnej, w tym praw autorskich i praw pokrewnych, ani innych praw osób trzecich.

Co istotne, z treści oferty InfoScope wynika, że w toku realizacji zamówienia wykonawca ten nie będzie korzystał ze świadczeń podwykonawców, którzy dla zrealizowania usług objętych przedmiotem zamówienia mogliby potencjalnie posłużyć się własnymi, legalnie uzyskanymi licencjami na wyżej wymienione komponenty Systemu.

Zaznaczenia wymaga również fakt, że jakakolwiek próba wykorzystania przez InfoScope nielegalnie pozyskanych licencji deweloperskich na korzystanie z bibliotek z rynku wtórnego (to jest uzyskanych od podmiotu, który nabył je od producenta i nielegalnie odsprzedał je innemu podmiotowi), powodować będzie (techniczną) niemożliwość realizacji w/w usług, dla których wymagane jest posiadanie przez wykonawcę legalnych i zarejestrowanych licencji na wyżej wymienione biblioteki. Każda próba realizacji jakichkolwiek zadań programistycznych dotyczących Systemu bez zarejestrowania wymienionych wcześniej komponentów oprogramowania (bibliotek), po załadowaniu projektu aplikacji i uruchomieniu niezmodyfikowanej aplikacji spowoduje powstanie wersji demonstracyjnej kodu źródłowego.

W takim przypadku wyświetlane są komunikaty o braku możliwości pracy powstałego oprogramowania, z uwagi na powstanie wersji demonstracyjnej, a nie wykonywalnej wersji Systemu.

Wskazał na Demonstracyjne zrzuty komunikatów (print screeny) w przypadku korzystania z niezarejestrowanej wersji licencji deweloperskich komponentów podmiotów trzecich w ramach korzystania z Systemu, w nim m.in. „Unauthorized Copy Notice Unauthorized Copy - For Demo Use Only This program was created using an unlicensed (demo) copy of the above product. Please contact the author/vendor of the program. Copyright© 1993-1999 Sheridan Software Systems, Inc.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący stwierdził należy, że oferta InfoScope jest niezgodna z treścią SIWZ, wynikającą ze wzoru Formularza ofertowego, w którym Zamawiający wymagał od wykonawcy złożenia oświadczenia (pkt 3), że wykonawca zapoznał się z treścią SIWZ, (w tym ze Wzorem Umowy) i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte.

Brak posiadania w momencie przedłożenia oferty wymaganych treścią SIWZ licencji umożliwiających realizację przedmiotu zamówienia stoi w sprzeczności z przytoczonym wymaganiem oraz szczegółowo przytoczonymi wcześniej postanowieniami SIWZ oraz postanowieniami wynikającymi ze wzoru umowy.

InfoScope nie posiada technicznej zdolności do realizacji umowy z Zamawiającym.

Z przedstawionych powyżej przyczyn, takiej zdolności InfoScope nigdy również nie będzie miało nabyć, nawet w przypadku pozyskania licencji na wyżej wymienione komponenty (biblioteki) na rynku wtórnym.

Już w momencie składania oferty przez InfoScope wykonawca ten nie będzie mógł świadczyć usług wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, a polegających chociażby na podstawowej usłudze Usuwania Wad oraz modyfikowaniu Systemu.

Odwołujący podnosi, że nie jest możliwe usuwanie Wad w Systemie oraz modyfikowanie Systemu - bez posiadania odpowiednich, legalnych licencji deweloperskich na wszystkie wykorzystane w Systemie komponenty. W szczególności, z technologicznego punktu widzenia absolutnie nie jest możliwe zastępowanie całych komponentów oprogramowania w którym wystąpiła wada na inne komponenty ze względu na zintegrowanie Systemu oraz fakt, że przepływ procesów odbywa się automatycznie.

Z podobnych względów, co przytoczone powyżej, również Usługa Modyfikacji nie jest możliwa do zrealizowania bez posiadania wymienionych powyżej bibliotek.

Wspomniane biblioteki stanowią zatem jedyne narzędzie pozwalające na wykonanie w Systemie objętych przedmiotem zamówienia czynności programistycznych. Biblioteki te

zawierają procedury obsługi standardowych funkcji realizowanych przez program (System) posiadany przez Zamawiającego, m.in. funkcji ekranowych takich jak wyświetlanie okien ekranowych, wyświetlanie list, pól itd. Nie jest możliwa budowa wykonywalnego kodu programu bez tych bibliotek. W przypadku próby realizacji jakichkolwiek zadań programistycznych bez zarejestrowanych bibliotek - tj. bez posiadania licencji na ich korzystanie, po załadowaniu projektu aplikacji i uruchomieniu niezmodyfikowanej aplikacji powstaje wyłącznie wersja demonstracyjna oprogramowania, niewystarczająca dla zrealizowania w/w zadań programistycznych na Systemie. W takim przypadku również, wyświetlane są komunikaty o braku możliwości pracy powstałego oprogramowania. Mając na uwadze powyższe, niewątpliwie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty InfoScope na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p., gdyż podmiot ten nie jest zdolny do realizacji zamówienia, a niezdolność ta ma charakter trwały i nieodwracalny. Umowa zawarta z takim wykonawcą będzie z mocy ustawy nieważna (art. 387 § 1 k.c.). Tym samym, oferta złożona przez InfoScope jest sprzeczna z ustawą.

Co więcej, z uwagi na trwałą i nieusuwalną niemożliwość po stronie InfoScope realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, że InfoScope złożył ofertę sprzeczną z SIWZ. Z tego względu, zachodzi również podstawa do odrzucenia oferty InfoScope na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 p.z.p.

3. Zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty InfoScope na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

Oferta tego podmiotu podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., gdyż jej złożenie przez wykonawcę stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z ze zm.; dalej „u.z.n.k.”)..

InfoScope nie posiada zdolności do zrealizowania zamówienia w sposób zgodny z treścią SIWZ oraz w sposób nienaruszający praw osób trzecich.

InfoScope złożyło zatem ofertę będąc w pełnej świadomości niemożności realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a ponadto narażając Zamawiającego na spowodowanie po jego stronie naruszenia praw osób trzecich.

W szczególności, InfoScope miało pełną świadomość tego, że nie będzie w stanie zrealizować wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia oraz zagwarantować Zamawiającemu, iż zamówienie zostanie zrealizowane z poszanowaniem praw osób trzecich, zgodnie z przewidzianymi przez Zamawiającego we Wzorze Umowy oświadczeniami i zapewnieniami.

Co więcej, w przedmiotowym stanie faktycznym, InfoScope musiało również posiadać wiedzę, że zawarta z nim umowa przez Zamawiającego będzie z mocy prawa nieważna,

z uwagi na trwałą i nieusuwalną niemożliwość świadczenia.

Wobec powyższego, złożenie przez InfoScope oferty oraz dalsze ubieganie przez InfoScope o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu, pomimo tego, iż wykonawca ten wie, iż nie jest zdolny do zawarcia ważnej umowy z Zamawiającym oraz pomimo wiedzy, iż nie jest on zdolny do zrealizowania zamówienia w sposób należyty, należy uznać za naruszenia dobrych obyczajów oraz czyn nieuczciwej konkurencji w stosunku do wykonawców ubiegających się w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, którzy zamówienie chcą i mogą zrealizować, powodujący po ich stronie szkodę.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, oprócz powyżej wskazanych podstaw do odrzucenia oferty InfoScope zachodzi również podstawa określona w art. 89 ust. 1 pkt 3

4 Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty InfoScope na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. - rażąco niska cena

Niezależnie od przytoczonej powyżej podstawy do wykluczenia InfoScope z postępowania oraz uznania oferty InfoScope za odrzuconą, a także stwierdzenia, iż oferta złożona przez tego wykonawcę jest sprzeczna z ustawą oraz z SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 2 u.p.zp., wskazać należy, iż oferta ta jest ofertą, która również powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

[Rażąco niska cena całkowita zamówienia zaoferowana przez InfoScope]

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę wynoszącą 7 497 706,92 złotych netto.

InfoScope zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę netto w wysokości 4 455 040,32 zł, stanowiącą jedynie 59 % oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia i jednocześnie kwotę o ponad 2.4 miliona złotych netto niższą od oszacowanej przez Zamawiającego; mając na uwadze fakt, że zaoferowana przez InfoScope wartość zamówienia jest znacząco niższa od cen zaoferowanych przez innych wykonawców ubiegających się o jego udzielenie zamówienia (o prawie 1 mln złotych netto tańsza od kolejnej najtańszej złożonej oferty, tj. oferty Odwołującego się), a także odbiega od średniej z 3 pozostałych ważnych ofert o ok. 25 %, złożoną przez InfoScope ofertę należy uznać za ofertę podlegającą odrzuceniu jako ofertę złożoną z rażąco niską ceną.

Powyższe różnice w cenie dowodzą, że wycena oferty dokonana przez InfoScope odbiega od warunków rynkowych. Tak ukształtowana cena za realizację zamówienia nie gwarantuje realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Co więcej, InfoScope osiągnął w 2012 roku przychód w wysokości 6,3 mln złotych.

Dowód: Wydruk części raportu niezależnego biegłego rewidenta dot. rachunku zysków i strat

spółki InfoScope sp. z o.o. za rok 2012, stanowiącego część sprawozdania finansowego InfoScope 2012 roku, opublikowanego na stronie internetowej www.newconnect.pl (s. 80); Oznacza to, że w razie sfinalizowania umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego, taka umowa stanowiłaby ponad 70% rocznych przychodów InfoScope. Tak niska cena oferty przy rocznych przychodach InfoScope na poziomie 6.3 mln złotych dodatkowo powoduje zwiększenie ryzyka dla realizacji umowy z Zamawiającym. W szczególności, taka cena powoduje realne zagrożenie dla realizacji zamówienia w sposób ciągły i stabilny.

Zatem, cena zaoferowana jako całość, jest rażąco niska, a oferta złożona przez ten podmiot powinna zostać odrzucona.

[Cena zaoferowana w ofercie InfoScope za Punkt Funkcyjny jako rażąco niska cena]

Niezależnie od powyższego, również poszczególne składniki ceny zaoferowanej przez InfoScope mają charakter rażąco niskiej ceny. W szczególności, taki charakter ma zaoferowana przez InfoScope cena za 1 Punkt Funkcyjny, który - zgodnie z Formularzem ofertowym (Załącznik nr 1 do SIWZ) oraz artykułem 6 ust. 6 Wzoru Umowy (Załącznik nr 9 do SIWZ) stanowi podstawę rozliczania Usługi Modyfikacji (należącej do Grupy Usług Rozwoju - artykuł 2 ust. 1 pkt 4) Wzoru Umowy).

Zaoferowana przez InfoScope cena za jeden (1) Punkt Funkcyjny wynosząca 518 zł netto, jest rażąco niska, a dokonana przez InfoScope wycena Punktu Funkcyjnego została dokonana poniżej kosztów świadczenia Usług Modyfikacji (należącej do Grupy Usług Rozwoju).

Również ta okoliczność powinna zostać uwzględniona przez Zamawiającego w ocenie ceny zaoferowanej przez InfoScope. Cena za Punkt Funkcyjny stanowi bowiem co do zasady jedyny decydujący czynnik cenotwórczy w odniesieniu do Usług Modyfikacji, a usługa ta jest rozliczana odrębnie i niezależnie od pozostałych usług objętych przedmiotem zamówienia.

W pkt 5 z rozdziału I SIWZ, Zamawiający wskazał, że „Usługi Utrzymania i Usługi Modyfikacji stanowią odrębne pozycje finansowe w budżecie Zamawiającego. Każda z usług jest usługą odrębną o określonym zakresie i realnej wartości co powinno znaleźć odzwierciedlenie w ofercie zgodnie z Formularzem Ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ”. Tym samym, Zamawiający przesądził to, że oferowane wynagrodzenie za Usługi Utrzymania i Usługi Modyfikacji powinno być skalkulowane odrębnie od reszty zamówienia oraz w sposób realny.

Zgodnie z art. 6 ust. Wzoru Umowy „Wynagrodzenie z tytułu wykonania poszczególnych Modyfikacji stanowić będzie iloczyn Punktów Funkcyjnych zatwierdzonych przez Zamawiającego dla danej modyfikacji oraz jednostkowej stawki Punktu Funkcyjnego ustalonej jako [...] - podkr. dodane przez Odwołującego”.

Cena przewidziana przez Zamawiającego w artykule 6 ust. 1 Wzoru Umowy za świadczenie Usług objętych przedmiotem zamówienia ma charakter ceny maksymalnej, obejmującej maksymalną liczbę zleceń na realizację Usługi objętych przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 2 ust. 7 Wzoru Umowy, Usługi z grupy Usług Rozwoju (a w tym także Modyfikacje) oraz Usługa Zleceń Operacyjnych świadczone będą do wyczerpania kwoty wynagrodzenia brutto wskazanego dla tych Usług w Załączniku nr 8 do Umowy, jednak nie dłużej niż przez okres 36 miesięcy od dnia wskazanego w Protokole Uruchomienia Usług. Stanowi to dodatkową okoliczność powodującą konieczność odrębnego badania zaoferowanej przez InfoScope ceny za Punkt Funkcyjny w kontekście rażąco niskiej ceny.

Co więcej, artykuł 12 ust. 2 oraz ust. 3 Wzoru Umowy przewiduje możliwość wypowiedzenia przez Zamawiającego Umowy w całości lub w części do poszczególnych grup Usług. Tym samym, Zamawiający może przykładowo zlecać wykonawcy jedynie Usługi Rozwoju lub Grupy Usług Zapewnienia Jakości, a z reszty usług zrezygnować w trakcie trwania Umowy. Z powyższych względów nie może budzić wątpliwości fakt, że ceny usług, w odniesieniu do których przewidziane zostało prawo do wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego, a zatem także cena Usługi Modyfikacji, powinny być rozpatrywane i oceniane odrębnie od całości ceny (która i tak - jak wykazano powyżej - ma charakter rażąco niskiej ceny).

Z powyższych przyczyn, istnieją w niniejszej sprawie podstawy, aby cena jednostkowa za Punkt Funkcyjny również podlegała ocenie. czy nie ma ona charakteru rażąco niskiej ceny, niezależnie od całościowej ceny zaoferowanej w ofercie.

Pomimo faktu, iż cena zaoferowana przez InfoScope miała charakter rażąco niskiej ceny, Zamawiający nie wezwał tego wykonawcy, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1-3 p.z.p., o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający pomimo podstaw dla stwierdzenia, iż cena zaoferowana przez InfoScope (zarówno jako całość, jak i w odniesieniu do jednostkowej ceny za Punkt Funkcyjny) miała charakter rażąco niski, uznał ofertę InfoScope jako najkorzystniejszą.

Tym samym, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

Zamawiający wskazał, że nie podziela stanowiska odwołującego w zakresie zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny oferty, stwierdził także, że ma wątpliwości co do dysponowania przez wybranego wykonawcy niezbędnymi uprawnieniami i licencjami niezbędnymi do poprawnego wykonywania zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. oddalenie odwołania. Zakwestionował walor dowodowy umów

złożonych na rozprawie przez Odwołującego. Stwierdził, iż możliwe jest legalne nabycie określonych licencji, co wykazał w złożonym piśmie. Wskazał, że zamawiający nie zawarł w siwz wymogu potwierdzenia posiadania lub przedstawienia licencji do wykorzystywania oprogramowania na etapie składania ofert. W ocenie przystępującego fakt, że dana wersja oprogramowania nie jest produkowana i wspierana przez producenta nie oznacza, że licencje są niedostępne i nie można wejść w ich legalne posiadanie. Wskazał, że w odpowiedzi na pytanie zamawiającego potwierdził, że uwzględnił w ofercie licencje na cztery wskazane w odwołaniu oprogramowania, które są możliwe do uzyskania. Stwierdził, że zarzut rażąco niskiej ceny jego oferty jest przedwczesny przy braku zarzutu niezastosowania art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Stwierdził, że wartość przychodu i wielkość przychodów firmy nie ma znaczenia dla ceny kontraktu przy tym warunki finansowe Przystępującego są w istocie odmienne od przedstawionych przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestników, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacjami i wyjaśnieniami, treść oferty wybranej oraz stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Odnosnie kluczowego zarzutu odwołania, zgodnie z którym że oferta Infoscope jest niezgodna z treścią SIWZ, wynikającą ze wzoru Formularza ofertowego, w którym Zamawiający wymagał od wykonawcy złożenia oświadczenia (pkt 3), że wykonawca zapoznał się z treścią SIWZ, (w tym ze Wzorem Umowy) i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte skład orzekający zauważa, biorąc pod uwagę wymagania specyfikacji dotyczące treści oferty, że postanowienia siwz nie wskazywały na wymóg posiadania w momencie przedłożenia oferty niezbędnych licencji umożliwiających realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawcy nie byli zobowiązani do udokumentowania w ofercie możliwości technicznych i prawnych realizacji zamówienia. W tym zakresie należało potwierdzić taką możliwość deklarując wykonanie zgodnie z postawionymi warunkami. Przystępujący wykonawca złożył wymagane oświadczenie i dodatkowo, na pytanie zamawiającego potwierdził, iż uwzględnił w ofercie licencje na oprogramowania i złożył oświadczenie o możliwości ich uzyskania. W przedstawionych wyżej okolicznościach Izba nie dopatrzyła się niezgodności treści oferty z treścią siwz, a tym samym naruszenia przez wykonawcę, w wyniku badania oferty, przez zamawiającego, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Izba uznała za udowodnione przez odwołującego, że wskazane oprogramowania nie są już produkowane, a ewentualny legalny dostęp do nich jest znacząco utrudniony, dostęp taki nie jest jednakże niemożliwy czy wykluczony. Z przedłożonych przez odwołującego umów licencyjnych można wywodzić, że są to umowy typowe stosowane w obrocie, co nie oznacza, że niemożliwe jest uzyskanie licencji przez konkretnego wykonawcę na warunkach szczególnych. Podkreślenia wymaga, że Izba ocenia odwołanie w granicach jego zarzutów, w tym miejscu co do zgodności treści oferty z treścią siwz, natomiast przewidywania co rzeczywistych możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, w istocie wykraczające poza wymogi postawione na etapie przygotowania ofert i ich kompletności, w świetle warunków specyfikacji, wykraczają poza kognicję Izby.

Odnosnie zarzutu złożenia przez przystępującego oferty niezgodnej z ustawą zarzut nie został udowodniony biorąc pod uwagę, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp dotyczy niezgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych, a na taką niezgodności odwołujący nie wskazał.

W konsekwencji twierdzenia o świadomej niemożności realizacji przez przystępującego zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego odwołujący uznał, że oferta InfoScope podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp przez fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Poza stwierdzeniem, że złożenie oferty narusza dobre obyczaje i jest czynem nieuczciwej konkurencji odwołujący nie przedstawił żadnych innych argumentów na poparcie tego zarzutu. Izba uznaje zarzut za nieudowodniony.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Izba oceniła merytorycznie, nie uwzględnivszy twierdzenia przystępującego o przedwczesności zarzutu i braku zarzutu naruszenia art. 90 ustawy pzp. W rzeczywistości w końcowym fragmencie uzasadnienia odwołania wskazano na fakt zaniechania przez zamawiającego przeprowadzenia procedury unormowanej w art. 90 ust. 1 – 3 ustawy. W ocenie składu orzekającego zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości dotyczący wysokości zaoferowanej ceny przez przystępującego. Jak zauważył przystępujący, jego cena ofertowa jest zaledwie o ok. 9% niższa od średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu, co przemawia za niniejszym stanowiskiem. Zasadne jest zatem uznanie, że kwestionowana cena nie odbiega od ceny rynkowej. Zarzut zaniżenia ceny jednostkowej Izba oddała jako nieudowodniony.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z rozporządzeniem 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: