

WYROK
z dnia 28 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) INFOMEX Sp. z o.o., (2) M. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Mobile MS M. S., (adres dla pełnomocnika: ul. Wesoła 19B, 34-300 Żywiec)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Ośrodek Rozwoju Edukacji, (Aleje Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk-Poznańskie Centrum Komputerowo-Sieciowe, (2) Librus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k., (adres dla pełnomocnika: Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznań)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk-Poznańskie Centrum Komputerowo-Sieciowe, (2) Librus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k.** i nakazuje dokonanie czynności odrzucenia oferty tego Wykonawcy

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Ośrodek Rozwoju Edukacji, (Aleje Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa)**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców

1

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **(1) INFOMEX Sp. z o.o., (2) M. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Mobile MS M. S., (adres dla pełnomocnika: ul. Wesoła 19B, 34-300 Żywiec)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego Ośrodek Rozwoju Edukacji, (Aleje Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa)** na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **(1) INFOMEX Sp. z o.o., (2) M. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Mobile MS M. S., (adres dla pełnomocnika: ul. Wesoła 19B, 34-300 Żywiec)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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:

Sygn. akt: KIO 2076/16

2

UZASADNIENIE

Zamawiający Ośrodek Rozwoju Edukacji w Warszawie prowadzi w trybie przetargu – –

ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wdrożenie, utrzymanie i rozwój platformy do przygotowania i upowszechniania e-podręczników.*

W dniu 31 października 2016 r. Odwołujący - Konsorcjum: Infomex Sp. z o.o., MobileMS M.

S. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum: Instytut Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe, Librus Sp. z o.o.

jako niezgodnej z SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zaoferowanej przez Przystępującego serwerowni Odwołujący wskazał, że jednym z przedmiotów niniejszego postępowania jest udostępnienie minimalnej infrastruktury serwerowej, który to element podlegał wycenieniu w formularzu cenowym. W Załączniku nr 3 do SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia) pkt 2 Zamawiający wskazał szczegółowe wymagania w zakresie minimalnej infrastruktury. W pkt. 2.2 Załącznika nr 3 do SIWZ (Parametry łącza) Zamawiający określił następujące wymagania:

1. *Bez limitu ilości przesyłanych danych podczas okresu trwania umowy.*
2. *Gwarantowana przepustowość (CIR) w Serwerowni: minimum 500 Mbit/s. Połączenia realizowane przez co najmniej 4 różnych operatorów telekomunikacyjnych, w tym co najmniej jeden z przyłączem o prędkości co najmniej 10Gbit, pozostali z przyłączem o prędkości co najmniej 1Gbit.*
3. *Łącze w Serwerowni chronione niezależnym systemem Firewall z IPS inline z korelacją zdarzeń i usługami oceny zagrożeń działającym w klastrze posiadającym interfejsy Gbit.*

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że Zamawiający wymagał, aby:

serwerownia posiadała połączenie do co najmniej 4 różnych operatorów – telekomunikacyjnych,

przynajmniej jeden z tych operatorów zapewniał przyłącze z prędkością co najmniej – 10Gbit,

pozostali operatorzy (minimum 3) zapewniali przyłącze z prędkością co najmniej 1Gbit. – wszyscy czterej byli realnie wykorzystywani do świadczenia usługi. –

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Instytut Chemii Bioorganicznej PAN posiada trzy numery AS (ang. Autonomous System, AS - zbiór prefiksów (adresów sieci IP) pod wspólną administracyjną kontrolą: AS8501, AS196844 oraz AS13293. Pierwszy z tych numerów

3

posiada połączenie z trzema niezależnymi operatorami telekomunikacyjnymi, drugi – nie posiada obecnie połączenia z żadnym niezależnym operatorem, trzeci – posiada połączenie z jednym niezależnym operatorem. Natomiast drugi z członków konsorcjum nie dysponuje żadnym numerem AS. W związku z powyższym na dzień składania ofert Konsorcjum nie dysponowało numerem AS, który posiadałby połączenie z czterema niezależnymi operatorami telekomunikacyjnymi, co potwierdza, że serwerownia będąca w posiadaniu Instytutu Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe nie może spełniać wymagań Zamawiającego dotyczących ilości niezależnych operatorów telekomunikacyjnych.

Odwołujący podniósł ponadto, że zgodnie z punktem 7.1. Załącznika nr 3 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby w ramach udostępnianej infrastruktury funkcjonowały węzły z zainstalowanym oprogramowaniem dostarczonym przez Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający wymagał, aby w ramach umowy wykonawca zapewnił licencje dla oprogramowania serwerowego wymaganego przez komponenty platformy:

Microsoft Windows 2012R2 –

MS SQL Server 2012 –

MS IIS –

PrinceXML 8.1 rev. 5 –

– Xopus uzyskana od firmy SDL (<http://xopus.com/>)

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zapewnienie oprogramowania Microsoft Windows Server (Microsoft Windows 2012R2, MS SQL Server 2012, MS IIS) w ramach komercyjnych usług hostingowych w środowisku wirtualnym dostawcy tychże usług hostingowych, w związku z czym wykonawcy nie mieli możliwości zaoferowania standardowych licencji. Zgodnie z postanowieniami firmy Microsoft dotyczącymi produktów,

w tym m.in. postanowieniami licencyjnymi: *Klientowi nie wolno (i żadna licencja nie pozwala mu) używać Produktów w celu oferowania komercyjnych usług hostingowych osobom trzecim, obchodzić jakichkolwiek ograniczeń technicznych dotyczących Produktów lub ograniczeń prawnych zawartych w ich dokumentacji, oddzielać oprogramowania w celu jego użycia w więcej niż jednym Środowisku Systemu Operacyjnego na podstawie pojedynczej Licencji (nawet jeżeli dane Środowiska Systemów Operacyjnych znajdują się na tym samym fizycznym systemie sprzętowym), chyba że uzyska na to jednoznaczne zezwolenie od Microsoft (punkt 6. powszechnych postanowień licencyjnych Microsoft). Aby zatem możliwe było wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami licencjonowania producenta oprogramowania (zgodnie z prawem) konieczne jest:*

4

bądź posiadanie odpowiednich, wymaganych licencji przez Zamawiającego (brak jest – takich informacji w treści SIWZ. Co więcej Zamawiający sam wskazał, że wymaga zapewnienia licencji przez wykonawcę),
bądź zapewnienie wymaganego oprogramowania w modelu SPLA (tj. programie – licencjonowania oprogramowania opartym na comiesięcznych rozliczeniach, co umożliwia firmom świadczenie usług związanych z udostępnieniem oprogramowania Microsoft, takich jak hosting i outsourcing oprogramowania).

Odwołujący podniósł, że żaden z członków konsorcjum nie jest stroną umowy SPLA, w związku z czym Konsorcjum nie miało możliwości zaoferowania wymaganych w postępowaniu licencji, zgodnie z zasadami licencjonowania producenta oprogramowania. Zestawienie powyższych informacji z wyjaśnieniami złożonymi przez Konsorcjum, w których wskazano na brak konieczność zakupu licencji z uwagi na ich posiadanie potwierdza, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z zasadami licencjonowania (co skutkuje brakiem możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z prawem), a więc jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł również, że oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 18 października 2016 r. skierował do Konsorcjum wezwanie do wyjaśnień dotyczących ceny. W dniu 20 października 2016 r. wykonawca przedłożył wyjaśnienia, które zawierają jednak ogólne, niczym nie poparte twierdzenia. Odwołujący podkreślił, że w momencie skierowania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powstaje domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny, a ciężar obalenia tego domniemania obciąża wykonawcę wezwanego do wyjaśnień. W ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia nie zawierają jakichkolwiek szczegółowych informacji pozwalających ocenić realność zaoferowanej ceny. Brak jest jakiegokolwiek szczegółowej kalkulacji cenowej czy wskazania na jakiej podstawie skalkulowano poszczególne elementy. Tak lakoniczne i gołosłowne twierdzenia nie mogą być oceniane w inny sposób niż jako potwierdzające, że zaoferowana cena jest rażąco niska (w związku z niewykazaniem, że jest realna). Nie może służyć za wykazanie realności zaoferowanej ceny odniesienie do poprzedniego postępowania. Sam fakt wskazywania elementów, które w ocenie Konsorcjum zmniejszyły zakres obecnego postępowania w porównaniu do poprzedniego jest niewystarczający, ponieważ całkowicie pomija elementy, które zostały rozszerzone bądź dodane, m.in:

5

Zwiększono wymagania w zakresie przepustowości węzłów. W poprzednim postępowaniu – Zamawiający wymagał aby przestrzeń dyskowa udostępniania była interfejsami 10 Gb/s dla węzłów, obecnie zaś wymagane jest 40 Gb/s dla macierzy S1;
W obecnym postępowaniu Zamawiający postawił dużo bardziej rozbudowane – i restrykcyjne wymagania w zakresie SLA;
Zmieniono wymagania w zakresie odporności na awarię (poprzednio wymóg w zakresie – dysku lub grupy dysków, obecnie dysku lub kontrolera);
W poprzednim postępowaniu Zamawiający wymagał odporności na awarię jednego łącza, – zaś obecnie wymaga się aż 4 łącz, co pozwala zapewnić odporność na awarię trzech z nich. Ponadto wskazano ich przepustowość.

Zdaniem Odwołującego, twierdzenia Konsorcjum o zmniejszeniu ceny z uwagi chociażby na zmniejszenie wymagań w zakresie przestrzeni dyskowej macierzy nie pozwala na obliczenie takiej oszczędności w sposób proporcjonalny, tak jak dokonało tego Konsorcjum Instytutu. Nie ma jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że zmniejszenie wymaganej przestrzeni ze 100 TB do 12 TB oznacza zmniejszenia ilości wymaganych dysków, co można wywnioskować z oszczędności jaką Konsorcjum zamierza osiągnąć. Takie podejście jest błędne, ponieważ nie zakłada, że wymagania wydajnościowe pozostały na obecnym poziomie. Gdyby zmniejszona została proporcjonalnie ilość dysków to wykonawca nie sprostaby wymaganiom wydajnościowym w tym zakresie.

Odwołujący wskazał ponadto, że nie ma możliwości aby wykonawcy w tym postępowaniu, z uwagi na sposób świadczonych usług, zaoferowali posiadane przez siebie standardowe licencje. Jedyne dopuszczalne modele licencjonowania przewidują ponoszenie opłat miesięcznych, z dołu. Tym samym biorąc pod uwagę treść złożonych wyjaśnień ze wskazaniem na posiadane licencje Microsoft, cena oferty nie obejmuje comiesięcznych kosztów prawidłowego licencjonowania. W przypadku licencji Windows Server SPLA koszt licencji na jeden procesor to cena 70,00 zł netto/miesięcznie. Biorąc zatem pod uwagę wymaganych 6 licencji przez okres 13 miesięcy to oferta konsorcjum Instytutu nie obejmuje obligatoryjnego kosztu w wysokości 5.460,00 zł. Dodatkowo wskazanie w wyjaśnieniach na posiadane licencje (Windows Server, MS SQL Server 2012), w żaden sposób nie precyzuje w jakim modelu licencyjnym zostały one zaoferowane, wersji poszczególnych licencji oraz ilości poszczególnych licencji, co ma bezpośredni wpływ na cenę oferty. Samo jednak stwierdzenie, że te licencje Konsorcjum posiada jednoznacznie definiuje, że jest ich właścicielem, a co za tym idzie planuje użycie licencji, których do świadczenia usług jakie są przedmiotem niniejszego postępowania użyć zgodnie z prawem nie może. W odniesieniu do licencji XOPUS Odwołujący podniósł, że warunki licencjonowania wymagają do realizacji takiego przedmiotu zamówienia, aby licencje były zarejestrowane na

użytkownika końcowego (w tym przypadku Zamawiającego). Z informacji uzyskanych od producenta wynika, że w przeszłości nie zostały zakupione i zarejestrowane licencje na Ośrodek Rozwoju Edukacji. Mając na uwadze powyższe Konsorcjum zobligowane będzie bądź do zakupu tych licencji, bądź jeżeli już je zakupiła, do ich zarejestrowania na Zamawiającego (ich wykorzystania), co jednak nie daje jakichkolwiek uprawnień do niewliczania tej ceny w cenę oferty. Jeśli wykonawca zakupił odpowiednie licencje i nigdy ich nie wykorzystał to poniósł odpowiedni koszt ich zakupu, który winien zostać wliczony w cenę oferty. Przyjęcie stanowiska przeciwnego oznaczałoby, że wykonawca przed wzięciem udziału w odpowiednim postępowaniu np. na dostawę, mógłby zakupić cały wymagany sprzęt, a następnie żądać od Zamawiającego jedynie 10% ceny zakupu twierdząc, że zakupił go już wcześniej. Twierdzenie takie jest sprzeczne zasadami postępowania i de facto potwierdza, że cena oferty jest rażąco niska. W ocenie Odwołującego koszt licencji XOPUS to 32.250,51 EUR netto, co po przeliczeniu (kurs EUR/PLN 4,30 zł) daje brak w ofercie Konsorcjum na poziomie 138.677,19 zł netto. Analogiczna sytuacja dotyczy licencji PrinceXLM, których koszt to 3.800 USD netto, co po przeliczeniu (kurs USD/PLN 3,95 zł) daje brak w ofercie Konsorcjum na poziomie 15.010,00 zł netto.

Zdaniem Odwołującego, minimalna cena wykonania przedmiotu zamówienia jest wyższa od ceny oferty Konsorcjum. Mając na uwadze przedstawioną kalkulację w zakresie licencji oraz elementy, które muszą zostać wycenione, a które Konsorcjum pominęło w swojej kalkulacji, cena oferty powinna być wyższa o co najmniej 159 147,19zł netto.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał udostępnienia minimalnej infrastruktury serwerowej, w tym 24 węzły o parametrach każdy: 10 rdzeni, 32 GB pamięci RAM, 60 GB/s przepustowości do pamięci. Konsorcjum w formularzu cenowym, poz. 1 (Koszt miesięczny udostępnienia minimalnej infrastruktury serwerowej) podaje cenę brutto za realizację usługi 30.956,64 zł. Zamawiający wymagał dostarczenia 24 węzłów o określonej konfiguracji, dla której wymagane jest przyjęcie udostępnienia infrastruktury serwerowej opartej o co najmniej 6 węzłów fizycznych (serwerów fizycznych) o konfiguracji każdy: 2 szt. 10-rdzeniowy procesor, 128 GB pamięci RAM. Koszty eksploatacji infrastruktury w takiej konfiguracji w Data Center, w tym koszty klimatyzacji, bazując na parametrach zużycia energii podawanych przez producentów serwerów należy oszacować na poziomie ok. 12.740,00 zł brutto w okresie 13 miesięcy. Ponadto koszt zakupu 6 węzłów fizycznych w podanej powyżej

konfiguracji należy oszacować na poziomie ok. 184.500,00 zł. Powyżej nie zostały wliczone koszty eksploatacyjne oraz koszty zakupu urządzeń sieciowych, niezbędnych do zapewnienia połączenia pomiędzy infrastrukturą serwerową a macierzami S1 i BC. Odwołujący wskazał również, że w ramach przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał udostępnienia minimalnej infrastruktury serwerowej, w tym macierzy dyskowej S1

7

o pojemności 12 TB i wydajności 50000 IOPS. Konsorcjum w formularzu cenowym, poz. 2 (Koszt miesięczny udostępnienia macierzy dyskowej S1 o pojemności 12 TB i wydajności 50000 IOPS) podaje cenę brutto za realizację usługi 8.442,72 zł. Macierze dyskowe, pozwalające dostarczyć wymaganą przez Zamawiającego wydajność muszą posiadać przede wszystkim odpowiednią ilość dysków o odpowiednich parametrach. W macierzach dyskowych wykorzystywanych w Data Center wykorzystuje się najczęściej dyski SAS o prędkości obrotowej 15000 RPM, co przekłada się na wydajność jednego takiego dysku na poziomie 200 IOPS. Dla uzyskania wydajności na poziomie 50000 IOPS należałoby użyć macierzy dyskowej wyposażonej w 250 dysków SAS o prędkości obrotowej 15000 RPM. Koszt jednego dysku SAS o prędkości obrotowej 15000 RPM i pojemności 300 GB (najmniejsze dyski serwerowe obecnie dostępne na rynku) to około 610,00 zł brutto, a zakup 250 szt. to około: 152.500,00 zł brutto. Powyższa kalkulacja nie uwzględnia wymagania stawianego przez Zamawiającego dla macierzy „Wykonawca gwarantuje odporność macierzy na awarię pojedynczego dysku logicznej grupie dysków lub pojedynczego kontrolera macierzy” („Odpowiedzi na pytania” z dnia 28.09.2016 r., pytanie nr 29) co dodatkowo zwiększa ilość, a co za tym idzie koszt zakupu dysków oraz koszt zakupu samej macierzy, która musi posiadać odpowiednie mechanizmy zabezpieczające przed awarią kontrolera macierzy co stanowi istotny, dodatkowy koszt. Jednak już same koszty eksploatacji macierzy dyskowej w konfiguracji powyżej dla Data Center, przy założeniu tylko zużycia energii dla jednego dysku na poziomie 12W należy przyjąć poziom ok. 1.400,00 zł miesięcznie, co daje w okresie 13 miesięcy kwotę 18.200, a więc o wiele wyższą niż Konsorcjum przyjęło w swoich wyjaśnieniach i ofercie.

W ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia nie zawierają jakichkolwiek szczegółowych informacji pozwalających ocenić realność zaoferowanej ceny. Brak jest jakiegokolwiek szczegółowej kalkulacji cenowej, czy wskazania na jakiej podstawie skalkulowano udostępnienie infrastruktury serwerowej. Przedstawione powyżej szacunki oraz brak wyjaśnień nie mogą być oceniane w inny sposób jako potwierdzające, że zaoferowana cena jest rażąco niska (w związku z niewykazaniem, że jest realna).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym: odrzucenie oferty Konsorcjum Instytut Chemii Bioorganicznej PAN z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ i z uwagi na rażąco niską cenę oraz dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

8

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, mimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z uwagi na zaoferowanie przez Odwołującego serwerowni niespełniającej wymagań Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, na dzień składania ofert Przystępujący nie dysponował numerem AS, który posiadałby połączenie z czterema niezależnymi operatorami telekomunikacyjnymi. Odwołujący podniósł, że Konsorcjum PCSS posiada tylko trzy numery AS. Zebrany materiał dowodowy w sprawie przeczy jednak tezie Odwołującego. Oferta Przystępującego spełnia wymagania dotyczące parametrów łącza. Przede wszystkim Przystępujący posiada 6 numerów AS, a nie 3, jak wskazywał Odwołujący w treści odwołania. Potwierdzają to także wydruki ze strony Hurricane Electric, przedstawione przez Odwołującego. Przystępujący również przedstawił wydruki ze strony internetowej Hurricane Electric, wskazujące na posiadane połączenia z poszczególnymi jednostkami (w ramach numeru AS9112 – 6 instytucji, w ramach numeru AS8501 – 37 instytucji, w ramach numeru AS13293 – 22 instytucje, w ramach numeru AS8364 – 12 instytucji, w ramach numeru AS196844 – 119 instytucji). Z dokumentu wynika, że każdy z tych numerów posiada połączenia z różnymi operatorami telekomunikacyjnymi. Co więcej, Przystępujący przedstawił oświadczenia kilku wybranych operatorów telekomunikacyjnych (wraz z odpisem KRS), którzy potwierdzili, że posiadają połączenie z Przystępującym. Powyższe oznacza, że Przystępujący spełnił wymagania SIWZ, gdyż dysponował połączeniami do różnych operatorów telekomunikacyjnych, w liczbie przewyższającej 4. Na uwagę zasługuje także fakt, że w zakresie wymaganej ilości połączeń z operatorami telekomunikacyjnymi, SIWZ sprecyzowała wymaganie jako czterech różnych, nie zaś niezależnych operatorów. Nawet jeśli postanowienie to jest niejasne i niejednoznaczne, w ocenie Izby nie może być po terminie składania ofert interpretowane na niekorzyść wykonawcy.

9

W związku powyższym Izba uznała zarzut za bezzasadny.

W ocenie Izby zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, mimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z uwagi na niemożliwość zaoferowania odpowiednich, wymaganych w SIWZ licencji.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zapewnienie oprogramowania Microsoft Windows Server (Microsoft Windows 2012R2, MS SQL Server 2012, MS IIS) w ramach komercyjnych usług hostingowych w środowisku wirtualnym dostawcy tychże usług hostingowych, w związku z czym wykonawcy nie mieli możliwości zaoferowania standardowych licencji.

Odwołujący przedstawił w trakcie rozprawy dowód w postaci opracowania pn. Postanowienia dotyczące Produktów 1 października 2016 r. Licencjonowanie zbiorowe Microsoft, zawierającego postanowienia licencyjne, zgodnie z którym „Klientowi nie wolno (i żadna licencja nie pozwala mu) używać Produktów w celu oferowania komercyjnych usług hostingowych osobom trzecim, obchodzić jakichkolwiek ograniczeń technicznych dotyczących Produktów lub ograniczeń prawnych zawartych w ich dokumentacji, oddzielać oprogramowania w celu jego użycia w więcej niż jednym Środowisku Systemu Operacyjnego na podstawie pojedynczej Licencji (nawet jeżeli dane Środowiska Systemów Operacyjnych znajdują się na tym samym fizycznym systemie sprzętowym), chyba że uzyska na to jednoznaczne zezwolenie od Microsoft (*punkt 6. powszechnych postanowień licencyjnych Microsoft*).”

Aby zatem możliwe było wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami licencjonowania producenta oprogramowania (zgodnie z prawem), konieczne jest:

- bądź posiadanie przez Zamawiającego odpowiednich, wymaganych licencji (SIWZ nie zawiera informacji o posiadaniu takich licencji przez Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający sam wskazał, że wymaga zapewnienia licencji przez wykonawcę),
- bądź zapewnienie wymaganego oprogramowania w modelu SPLA, tj. programie licencjonowania oprogramowania opartym na comiesięcznych rozliczeniach, co umożliwia firmom świadczenie usług związanych z udostępnieniem oprogramowania Microsoft, takich jak hosting i outsourcing oprogramowania.

Odwołujący wskazał, że żaden z członków konsorcjum Odwołującego nie jest stroną umowy SPLA, w związku z czym Odwołujący nie miał możliwości zaoferowania wymaganych w

Przystępujący jednoznacznie oświadczył, że zaoferował licencje MOLP. Izba nie mogła pominąć złożonego w treści pisma Przystępującego oświadczenia, zgodnie z którym: „Odwołujący nie wziął pod uwagę, że w skład konsorcjum Uczestnika postępowania wchodzi instytucja publiczna – Instytut Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe, które aby móc swoim kontrahentom oferować właściwe licencje Microsoft nie musi obligatoryjnie uczestniczyć w programie SPLA. Instytut Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe jako jednostka badawcza uczestniczy w programie partnerskim Microsoft Open License Program (MOLP), w ramach którego nabywa licencje Microsoft wymagane przez Zamawiającego w pkt 7.1 Załącznika nr 3 do SIWZ. MOLP jest programem licencyjnym producenta Microsoft umożliwiającym instytucjom i organizacjom z obszaru administracji państwowej nabywanie na korzystnych warunkach licencji tego producenta. Licencje w ramach programu MOLP są nabywane przez Uczestnika postępowania na innych zasadach i nie jest konieczne posiadanie do tego odrębnej umowy SPLA.”

Powyższe jednoznacznie dowodzi, że Przystępujący zamierzał zrealizować zamówienie w oparciu o licencje MOLP. Jednakże z dowodów przedstawionych przez Odwołującego i Przystępującego wynika, że wskazane licencje nie są wystarczające do świadczenia usługi hostingowej, wymaganej przez Zamawiającego. W ocenie Izby za bezzasadny należy uznać argument Przystępującego, że Zamawiający nie wymagał zapewnienia licencji w ramach modelu SPLA. Zamawiający wymagał licencji Windows, a (jak wykazało postępowanie dowodowe) legalnie licencje te zaoferować można w tym postępowaniu w modelu SPLA.

Odwołujący przedstawił jako dowód korespondencję e-mail Odwołującego z przedstawicielem firmy Microsoft – Panią C. S. – B., zawierającą pytanie i odpowiedź potwierdzającą, że świadczenie usług hostingowych polegających na udostępnieniu środowiska serwerowego wraz z zapewnieniem licencji na oprogramowanie Microsoft (MS Windows Server, MS SQL Server), możliwe jest tylko w modelu licencjonowania SPLA. Powyższe stanowi jednoznaczne potwierdzenie sposobu realizacji usługi. Jest to model licencjonowania SPLA.

Natomiast Przystępujący przedstawił korespondencję e-mail prowadzoną w języku angielskim (wraz z tłumaczeniem na język polski) pomiędzy Panią C. S. – B. a specjalistą ds. Pomocy technicznej dot. licencji, w której wystąpiono z zapytaniem, czy Przystępujący może kontynuować używanie licencji MOLP w kontekście opisanej usługi oraz czy jest to zgodne z umową licencyjną. Uzyskana odpowiedź brzmi: „Jeśli dobrze zrozumiałem, instytucja nie udostępnia produktów Microsoftu stronom trzecim? Produkty Microsoftu używane są we wnętrzu systemu w celu utrzymania własnych usług/produktów, ale nie są oferowane stronom trzecim. Jeśli tak wygląda sytuacja, to nie jest to naruszenie (zakładając, że zakres

licencji opisanej w wiadomości e-mail jest właściwy). Nie rozumiem tylko, czym są e-podręczniki, ale rozumiem jak jest udostępniona licencja. Czy jest tu coś nietypowego, czy jest to rodzaj jakiejś działalności charytatywnej lub coś podobnego? (...)”.

W ocenie Izby, przedstawiony przez Przystępującego dowód nie potwierdza, że licencje MOLP są wystarczające do realizowania usługi hostingowej. Przede wszystkim treść tej korespondencji wskazuje, że zadając pytanie, Przystępujący pominął dwie kluczowe okoliczności: że oprogramowanie ma być wykorzystywane nie na potrzeby Przystępującego, lecz do świadczenia usług na rzecz podmiotu trzeciego (Zamawiającego) oraz że świadczenie usług z wykorzystaniem tego oprogramowania ma mieć charakter komercyjny (odpłatny). Z treści odpowiedzi jednoznacznie wynika, że odnosi się ona do przypadku wykorzystywania oprogramowania na potrzeby własne, bez komercyjnego oferowania osobom trzecim usług z wykorzystaniem oprogramowania.

W ocenie Izby istotne znaczenie ma fakt, że osoba odpowiadająca na pytanie miała wątpliwości co do prawidłowości zrozumienia przez nią przedstawionego przez Przystępującego w zapytaniu stanu faktycznego. Odpowiedź tej osoby nie była jednoznaczna oraz była warunkowana tym, czy stan faktyczny został dobrze zrozumiany.

Ponadto z treści odpowiedzi wynika, że wiele elementów zapytania budziło wątpliwości osoby odpowiadającej. W przeciwieństwie do odpowiedzi na pytanie zadane przez Odwołującego, odpowiedź udzielona przez firmę Microsoft na pytanie Odwołującego była jednoznaczna i wprost potwierdzała okoliczność, że świadczenie usług hostingowych możliwe jest tylko w modelu licencjonowania SPLA.

Nie ma znaczenia fakt, że Przystępujący jest instytucją publiczną, gdyż niniejsze postępowanie przewiduje świadczenie usług na zasadach komercyjnych. A w przypadku przedmiotu zamówienia, które dotyczy świadczenia usług komercyjnych, możliwe jest tylko zastosowanie modelu licencjonowania SPLA. Przystępujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Odwołując się wyłącznie do tego, że Przystępujący jest instytucją publiczną, nie zwalnia Przystępującego z obowiązku przestrzegania warunków licencji, jaką Przystępujący uzyskał. Stąd też posiadanie tylko licencji MOLP nie jest wystarczające dla zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia.

Ponadto stanowisko Przystępującego jest niejednoznaczne. Z jednej strony Przystępujący oświadcza, że zamierza zrealizować zamówienie na podstawie posiadanych licencji MOLP, z drugiej zaś wskazuje, że wystąpił do firmy Microsoft o objęcie programem SPLA. Oznacza to, że Przystępujący zdawał sobie sprawę, że posiadanie tylko licencji MOLP jest niewystarczające do wykonania zamówienia.

Powyższe potwierdza także, że w chwili składania oferty Przystępujący nie posiadał licencji SPLA i nie zamierzał zrealizować zamówienia za pomocą tych licencji. Brak tej licencji

12

potwierdza fakt, że w treści wyjaśnień Przystępujący nie wskazał na posiadane licencje SPLA. Co istotne, wyjaśnił, że zamierza zrealizować zamówienie za pomocą już posiadanych licencji. Przystępujący wskazał, że poniósł już koszty zakupu licencji, a postanowienia przedstawione w treści złożonej umowy wskazują, że koszty te zostaną poniesione z dołu, tj. najbliższy raport do 5 grudnia za licencje listopadowe. Powyższe oznacza, że w chwili złożenia oferty, Przystępujący nie dysponował licencjami SPLA. Skoro zatem Przystępujący oświadczył, że zamierza zrealizować zamówienie za pomocą już posiadanych licencji, (a powoływał się na posiadane licencje MOLP), to oznacza, że Przystępujący nie zamierzał zrealizować zamówienia za pomocą licencji SPLA.

W ocenie Izby, nie jest uprawnione stanowisko Przystępującego, który oświadczył, że na dzień realizacji usługi będzie dysponował licencjami SPLA. Przede wszystkim, Przystępujący oświadczył, że zamierza realizować usługę za pomocą licencji MOLP. Składanie na tym etapie postępowania oświadczenia, że realizacja usługi nastąpić ma jednak za pomocą licencji SPLA, stanowi ofertę wariantową (a taka jest niedopuszczalna). W ocenie Izby jest to jednak oświadczenie mające na celu zniwelowanie skutków tego, że na etapie składania ofert Przystępujący nie dysponował jedynymi właściwymi licencjami, o konieczności posiadania których dowiedział się na etapie postępowania odwoławczego. W ocenie Izby, nie jest dopuszczalny na obecnym etapie postępowania wybór oferty Przystępującego, gdyż na etapie składania oferty, nie oferował on licencji SPLA. Okoliczność, że obecnie lub na etapie realizacji umowy Przystępujący zaoferuje licencje SPLA, stanowi ofertę wariantową. Wybór takiego Wykonawcy oznaczałby nierówne traktowanie innych Wykonawców, którzy na etapie składania ofert kalkulacją objęli prawidłowe licencje. Ponadto wybór takiego Wykonawcy stanowiłby nieuczciwe traktowanie Wykonawców również z uwagi na okoliczność, że Wykonawca dopiero na etapie postępowania odwoławczego zdecydował się zaoferować właściwe licencje (nie oferował ich na etapie składania ofert – co potwierdza pismo procesowe Przystępującego).

Należy podkreślić, że Zamawiający jest zobowiązany wziąć pod uwagę całość złożonej przez Wykonawcę oferty wraz ze złożonymi wyjaśnieniami. Wszelkie zaś nieprawidłowości, wyjaśnić.

Tym samym, w ocenie Izby potwierdził się zarzut, zgodnie z którym Przystępujący nie zaoferował licencji, które są odpowiednie do świadczenia usługi hostingowej.

W ocenie Izby, potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 3 oraz w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, mimo

że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską oraz z

13

uwagi, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na lakoniczność złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących okoliczności, czy zaoferowana przez Przystępującego cena nie jest rażąco niska. W ocenie Izby, brak jest w tych wyjaśnieniach kalkulacji, która wskazywałaby na elementy cenotwórcze i dowodów, które potwierdzałyby, że elementy te są prawidłowo skalkulowane.

Ponadto, na podstawie złożonych wyjaśnień nie sposób wywieść, że cena oferty Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jest to zaledwie kilka informacji, które nie przekładają się na możliwość dokonania oceny, że cena oferty Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tymczasem, stosownie do przepisów ustawy, Wykonawca ma udowodnić Zamawiającemu, że cena, jaką zaoferował pozwala na zrealizowanie zamówienia. W ocenie Izby, Przystępujący nie podołał temu obowiązkowi.

Zamawiający jest zobowiązany dokonywać oceny na podstawie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę. Nie jest dopuszczalne wskazywanie (jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu), że zysk, jaki przewidział drugi z wykonawców (Odwołujący), pozwala na zrealizowanie zamówienia za cenę, jaką zaoferował Przystępujący. Przede wszystkim każdy z wykonawców kalkuluje cenę samodzielnie. Nie jest wiadomo, w jaki sposób skalkulował cenę Przystępujący (bo taka kalkulacja nigdzie się nie pojawiła). Nadto, nie jest wiadomo, czy koszty, jakie będzie musiał ponieść Przystępujący, nie są wyższe niż koszty, jakie przewidział Odwołujący.

Ponadto, w ocenie Izby, nie jest prawidłowe porównywanie przedmiotowej usługi z dotychczas świadczoną. Już sam fakt, że zaoferowano niższą cenę w niniejszym postępowaniu świadczy o tym, że niniejsze postępowanie jest inaczej kalkulowane.

Wyjaśnienia miały potwierdzić prawidłowość i wiarygodność kalkulacji. Nadto, zmianie uległ zakres przedmiotu zamówienia, czemu nie zaprzeczyły strony postępowania. Tym samym Zamawiający, oceniając treść wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, winien odnieść się wyłącznie do oceny złożonych wyjaśnień w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Izby trafnie wskazał Odwołujący, że część elementów została dodana. Sam zatem fakt wskazywania elementów, które w ocenie Przystępującego zmniejszyły zakres obecnego postępowania w porównaniu do poprzedniego, jest niewystarczający.

Zamawiający w trakcie rozprawy podniósł argument, że Odwołujący nie zakwestionował ceny jako całość i odniósł się jedynie do jej elementów. Należy jednak wrócić uwagę, że Odwołujący wskazał na cenę jako całość w punkcie V odwołania.

14

W ocenie Izby wskazane w odwołaniu zarzuty są wystarczające do uznania, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny są niewystarczające. Należy zauważyć, że na całość ceny składają się jej elementy. Brak ujęcia wszystkich elementów powoduje, że Wykonawca nie udowodnił, że jest w stanie zrealizować zamówienie za wskazaną cenę.

Brak zaoferowania licencji SPLA (jako jedynych umożliwiających świadczenie usługi hostingowej) stanowi kolejny dowód na okoliczność, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska. Przystępujący w tym konkretnym postępowaniu, z uwagi na sposób świadczonych usług, zaoferował posiadane przez siebie standardowe licencje. Jedyne dopuszczalne modele licencjonowania przewidują ponoszenie opłat miesięcznych, z dołu. Tym samym biorąc pod uwagę treść złożonych wyjaśnień ze wskazaniem na posiadane licencje Microsoft, cena oferty nie obejmuje comiesięcznych kosztów prawidłowego licencjonowania. Oznacza to, że Przystępujący w cenie oferty nie uwzględnił kosztów, związanych z zaoferowaniem wymaganych licencji.

Dodatkowo, należy podkreślić okoliczność, że Przystępujący wskazał, że posiada już określone licencje. Jednak Zamawiający nie dysponował żadnym dowodem, że

Przystępujący takie licencje posiada.

Odwołujący podniósł, że w odniesieniu do licencji XOPUS warunki licencjonowania wymagają, aby do realizacji przedmiotu zamówienia licencje były zarejestrowane na użytkownika końcowego (w tym przypadku Zamawiającego). Odwołujący wskazywał, że aby Zamawiający mógł skorzystać z licencji Xopus, konieczne jest zarejestrowanie jej na Zamawiającego. W sytuacji, gdy wykonawca nie wykorzystał posiadanych licencji, to ich cenę powinien był wskazać w treści wyjaśnień. W treści wyjaśnień natomiast Przystępujący nie wskazał kosztów licencji Xopus. Wskazał jedynie, że uzyskał z tego tytułu oszczędności. Odwołujący jako dowód swoich twierdzeń przedstawił korespondencję, jaką prowadził z przedstawicielem firmy SDL, potwierdzającą, że do momentu prowadzenia korespondencji, licencje nie zostały zarejestrowane na Zamawiającego. Skoro zatem nie zostały zarejestrowane na Zamawiającego, to w ogóle wątpliwe jest, czy te licencje w ogóle zostaną na Zamawiającego zarejestrowane, czy Przystępujący użyje je na potrzeby własne. Ponadto, Odwołujący przedstawił wyciąg ze strony SDL Xopus, zawierający standardową umowę licencyjną w języku angielskim („Licence and support agreement”) wraz z tłumaczeniem na język polski artykułu 3 pn. „Ograniczenia”, o następującej treści: *„W uzupełnieniu do tych zakazów zawartych w innych częściach niniejszej Umowy, Licencjobiorca nie będzie: (a) wynajmować, wypożyczać, sprzedawać ani rozpowszechniać kopii Oprogramowania w całości lub w części; (B) usuwać, zmieniać, zaciemniać, i/lub winny*

15

sposób niszczyć żadnych znaków towarowych SDL lub zawiadomień dotyczących Oprogramowania; (C) umożliwienia osobom trzecim na dostęp lub korzystanie z Oprogramowania; lub (D) modyfikować, dekompilować, demontować, inżynierii wstecznej lub emulować funkcjonalność i/lub tworzyć dzieła pochodne Oprogramowania. Z wyjątkiem przypadków wyraźnie określonych w Umowie, żadne inne licencje lub prawa nie są przyznawane w sposób wyraźny lub dorozumiany lub przez zaprzeczenie.”

Przystępujący przedstawił jako dowód umowę nr 81/PCSS/2015 z 25 lutego 2015 r., zawartą pomiędzy Przystępującym a Infinity Group sp. z o.o. W treści umowy brak jest jakichkolwiek warunków licencjonowania. Wbrew twierdzeniom Przystępującego, zawarte w § 6 tej umowy odesłanie do warunków określonych na stronie <http://xopus.com/eula.html> dotyczy wyłącznie gwarancji producenta na oprogramowanie, natomiast nie odnosi się do warunków, na jakich udzielana jest licencja na oprogramowanie. Także dotyczący tej umowy protokół zdawczo-odbiorczy przedmiotu zamówienia określa wyłącznie ilość licencji, czas ich trwania („licencje nie ograniczone czasowo”) oraz fakt, że licencja wystawiona została dla domeny man.poznan.pl. Z dokumentów tych wynika, że zawarta przez Przystępującego umowa nie przewidywała żadnych szczególnych warunków licencjonowania. Wszelkie bowiem odstępstwa od podstawowych warunków licencjonowania (ogólnych, przedstawionych przez Odwołującego w wydruku z oficjalnej strony EULA), powinny zostać wskazane w treści umowy, nie zaś domniemane. Brak innych niż podstawowe warunków licencjonowania oznacza, że uzyskana przez Przystępującego licencja udzielona została na standardowych warunkach licencyjnych, stosowanych przez Xopus. Wbrew twierdzeniu Przystępującego, załącznik nr 1 do umowy nie zawiera żadnych szczególnych warunków licencjonowania. Określa on jedynie pewne funkcjonalności, nie zaś warunki licencjonowania, które powinny być wyraźnie określone. Brak dodatkowych warunków licencjonowania wskazuje na brak możliwości udzielania dalszej licencji, co poddaje w wątpliwość możliwość ich przeniesienia na Zamawiającego.

Ponadto podkreślić należy, że załączony do przedmiotowej umowy protokół zdawczo-odbiorczy wskazuje, że licencja została udzielona dla domeny własnej Przystępującego: man.poznan.pl. Oznacza to, że licencja jest zarejestrowana na rzecz Przystępującego, czemu Przystępujący nie zaprzeczył. Skoro tak, to zgodnie z warunkami licencjonowania, zarejestrowana licencja nie może zostać przeniesiona na kolejnego użytkownika, w tym wypadku na Zamawiającego. Przystępujący nie wykazał także, że ma możliwość w sposób szczególny przenieść na Zamawiającego zarejestrowane na Przystępującego licencje. Tym samym, Przystępujący nie ma uprawnienia, aby przenieść licencje na Zamawiającego. Przystępujący nie może też udostępniać tej licencji sam i świadczyć z ich wykorzystaniem usług podmiotom trzecim. Z powyższego wynika zatem, że Przystępujący w chwili złożenia oferty nie dysponował licencjami Xopus, pozyskanymi na potrzeby innego projektu, które

mógłby przenieść na Zamawiającego. Tym samym koszt pozyskania licencji Xopus Przystępujący powinien uwzględnić w cenie ofertowej, czego – jak wynika ze złożonych przez niego wyjaśnień – nie uczynił.

Z podniesionych powyżej okoliczności wynika zatem, że Przystępujący nie uwzględnił w zaoferowanej przez siebie cenie wszystkich materiałów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.

Także przyjęte dane w zakresie zmniejszenia ceny są niepoprawne. Twierdzenia Przystępującego o zmniejszeniu ceny z uwagi chociażby na zmniejszenie wymagań w zakresie przestrzeni dyskowej macierzy, nie pozwala na obliczenie takiej oszczędności w sposób proporcjonalny tak jak dokonał tego Przystępujący. Nie wykazano podstaw do przyjęcia, że zmniejszenie wymaganej przestrzeni ze 100 TB do 12 TB oznacza zmniejszenie ilości wymaganych dysków. Przystępujący w trakcie rozprawy stwierdził, że może dokonywać oszczędności w związku z możliwością wykorzystania macierzy także na inne potrzeby Przystępującego (w miejscach, które są wolne). W ocenie Izby twierdzenia te są niewiarygodne. Przystępujący nie wskazał bowiem, a więc nie udowodnił, na jakie projekty miałyby zostać jeszcze wykorzystana macierz. Ponadto idealne wypełnienie 100% macierzy może być niezwykle trudne. Nawet wykorzystanie przez Zamawiającego małego ułamka macierzy spowoduje, że spadnie wydajność, gdyż nie jest ona multiplikowana dla różnych projektów.

Ponownie należy podkreślić lakoniczność złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. W ocenie Izby dowodzenie realności ceny dopiero na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za spóźnione. Celem postępowania odwoławczego jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie może zastępować Zamawiającego w czynności badania i oceny złożonych ofert. W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia nie pozwalały na uznanie, że cena została skalkulowana poprawnie i że jest możliwa realizacja zamówienia za wskazaną przez Przystępującego cenę.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o pominięcie przedstawionych przez Odwołującego dowodów, z uwagi na fakt, że ich treść przedstawiona została w języku angielskim, zaś wybrane tłumaczenia są tłumaczeniami prywatnymi, nie zostały dokonane przez uprawnioną osobę.

Wykonawca może przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń, także w języku obcym z tłumaczeniem na język polski. Żaden przepis ustawy nie zawiera nakazu, aby tłumaczenie dokumentu na język polski miało formę tłumaczenia przysięgłego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....