

Sygn. akt: KIO/183/11

Sygn. akt: KIO/191/11

Sygn. akt: KIO/190/11

WYROK
z dnia 14 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Lubomira Matczuk-Mazuś
	Agata Mikołajczyk
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2011 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2011 r. do łącznego rozpoznania wniesionych przez:

- A. **WASKO S.A. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** - w dniu 31 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO/183/11),
- B. **Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** - w dniu 31 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO/191/11),
- C. **SYGNITY S.A. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** - w dniu 31 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO/190/11),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ENERGA - OPERATOR S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** przy udziale wykonawców:

- **Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO/183/11, KIO/190/11 po stronie zamawiającego,

- **Konsorcjum wykonawców w składzie: ATM Systemy Informatyczne sp z o.o. (lider), ATM SA., ATM Software sp. z o.o., Innovation Technology Group SA., z siedzibą lidera: ul. Grochowska 21 a, 04-186 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO/183/11, KIO/190/11, KIO/191/11, po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołania w pkt A, B, C,

2. kosztami postępowania obciąża:

A. **WASKO S.A. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice,**

B. **Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,**

C. **SYGNITY S.A. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę w wysokości 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **WASKO S.A. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania, stanowiącego koszty postępowania odwoławczego,

B. kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania, stanowiącego koszty postępowania odwoławczego,

C. kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SYGNITY S.A. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania, stanowiącego koszty postępowania odwoławczego.

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 z późn. zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO/183/11

Sygn. akt: KIO/191/11

Sygn. akt: KIO/190/11

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: ENERGA - OPERATOR SA z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wdrożenie Systemu Aplikacyjnego wraz z usługami jego rozwoju” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 181-276735 w dniu 17 września 2010 r.

W postępowaniu wpłynęło osiem ofert. W dniu 20 stycznia 2011r. zamawiający przesłał wykonawcom wynik oceny ofert wraz z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ATM Systemy Informatyczne sp z o.o. z siedzibą w Warszawie, ATM S.A. z siedzibą w Warszawie, ATM Software sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Innovation Technology Group SA. z siedzibą we Wrocławiu (zwane dalej Konsorcjum ATM). Drugą pozycję uzyskał wykonawca Asseco Poland S.A., a trzecią - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, Winuel S.A. z siedzibą we Wrocławiu (w dniu 28 grudnia 2010 r. nastąpiło połączenie ww. spółek przez przeniesienie całego majątku spółki Winuel S.A na spółkę Sygnity S.A.) (zwane dalej Sygnity S.A.). Zamawiający wykluczył z postępowania trzech wykonawców oraz odrzucił ich oferty, a także ofertę złożoną przez Konsorcjum Qumak-Sekom S.A. i ofertę złożoną przez Wasko S.A. - na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Sygn. akt: KIO/ 183/11

Wykonawca Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach wniósł odwołanie wobec: czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum ATM, zaniechania poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty lub omyłek rachunkowych.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 7 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, z ostrożności - art. 7 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, dokonania poprawy w ofercie odwołującego omyłek na

podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp lub na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż w złożonym Formularzu Oferty (pkt 2) zaferował wykonanie zamówienia za cenę 9 303 308,86 zł oraz wyjaśnił, iż ceny częściowe zawarte w Formularzu cenowym są wynikiem omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty. Podniósł, iż zamawiający dysponuje prawidłową ceną ryczałtową zawartą w ofercie, a wobec tego ma możliwość, a wręcz ustawowy obowiązek, dokonania poprawy zaistniałych omyłek i dostosowania cen częściowych do proporcji zgodnych i określonych w załączniku do umowy - „Wynagrodzenie”. Ustalenie na podstawie ceny oferty poszczególnych cen częściowych, jakie winny zostać wpisane do Formularza cenowego, sprowadza się w istocie do dokonania odpowiednich działań matematycznych, z wykorzystaniem danych umieszczonych w siwz w załączniku do umowy pn. „Wynagrodzenie”.

Odwołujący załączył do odwołania skorygowany Formularz cenowy, przedstawiający ceny ustalone na podstawie danych zawartych w ofercie i siwz, które są w posiadaniu zamawiającego. Odwołujący zauważył, iż w złożonej ofercie zaakceptował harmonogram płatności, stanowiący załącznik do Wzoru Umowy, co zapewnia płatność wynagrodzenia zgodnie z zasadami ustalonymi przez zamawiającego. Wskazał, iż zamawiający w toku badania i oceny ofert wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co w jego ocenie potwierdza, iż oferta nie podlega odrzuceniu.

Wykonawcy Asseco Poland S.A. i Konsorcjum ATM zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO/ 191/11

Odwołujący Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum ATM oraz zaniechania odrzucenia tej oferty, względnie zaniechania odtajnienia oferty i w konsekwencji uniemożliwienia jej weryfikacji przez odwołującego. Zarzucił w odwołaniu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ATM pomimo, że nie wniósł wadium w sposób wymagany przez zamawiającego,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ATM, pomimo, że nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- ewentualnie - naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum ATM do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów,

- art. 8 i art. 96 ust. 3 Pzp, przez uznanie za skuteczne dokonane zastrzeżenia zawartych w ofercie Konsorcjum ATM informacji oraz odmowę okazania ich odwołującemu,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, przez nieodrzućenie oferty Konsorcjum ATM jako niezgodnej z ustawą w zw. z naruszeniem art. 8 Pzp,
- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym m.in. wykluczenia Konsorcjum ATM z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum ATM oraz odtajnienia bezzasadnie zastrzeżonych informacji, dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

I. Odwołujący podniósł, iż zamawiający uniemożliwił mu weryfikację doświadczenia Konsorcjum ATM, przez bezpodstawne zaniechanie odtajnienia oferty w tym zakresie. Żaden z członków Konsorcjum ATM, w ocenie odwołującego, nie posiada wymaganego doświadczenia. Oferta Konsorcjum ATM została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa m.in. w części obejmującej wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych dostaw. Zdaniem odwołującego, Konsorcjum ATM nie spełnia wymagania nr 2 w zakresie doświadczenia (Dział XIII pkt 1.1.3 siwz), które dotyczy bardzo specyficznej i rzadkiej usługi, o charakterze wskazującym jednoznacznie na konieczność jej świadczenia dla dużych i bardzo dużych podmiotów publicznych. Określenie „należyście wykonali projekt informatyczny, polegający na wytworzeniu oprogramowania, o wartości przynajmniej 5 mln PLN netto” wskazuje np. na konieczność stworzenia własnego oprogramowania. Kolejna cecha –przechowywanie i zarządzanie w relacyjnej bazie danych systemu minimum 30 000 000 000 (trzydzieści miliardów rekordów) - spełnia bardzo ograniczona ilość projektów. W ocenie odwołującego, w Polsce tylko dwa projekty spełniają wszystkie warunki określone przez zamawiającego. Według wiedzy odwołującego, podmioty wchodzące w skład Konsorcjum ATM nie świadczyły usługi, o której mowa w pkt 2 - ani w Polsce ani w żadnym innym kraju.

Zamawiający, określając parametry związane z ilością przetwarzanych rekordów, wskazując ich definicję oraz sposób pomiarów, oczekiwał jednoznacznego i obiektywnego potwierdzenia, że wytworzone lub utrzymywane przez wykonawcę oprogramowanie spełnia wymienione w siwz warunki. Zdaniem odwołującego, za obiektywne potwierdzenie należy uznać wyłącznie zewnętrzny, niezależny raport z testów lub pisemne oświadczenie docelowego klienta, że wytworzone lub utrzymywane przez wykonawcę oprogramowanie spełnia ww. warunki.

Odwołujący wniósł o powołanie biegłego z zakresu informatyki, w celu zbadania, czy zamówienia wykazane przez Konsorcjum ATM spełniają wymagania Działu XIII pkt 1.1.3 lub 1.1.4 siwz. Alternatywnie - wniósł o umożliwienie dostępu do dokumentów Konsorcjum ATM w toku rozprawy w celu umożliwienia mu weryfikacji wykazu dostaw.

Zdaniem odwołującego, wzywając Konsorcjum ATM do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie „byłoby wątpliwe” z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji.

Odwołujący wskazał, że skoro Konsorcjum ATM nie ma wymaganego doświadczenia, to w konsekwencji wątpliwe jest posiadanie wymaganych zasobów ludzkich. Również w tym przypadku odwołujący wniósł o umożliwienie mu dostępu do dokumentów Konsorcjum ATM w toku rozprawy, w celu dokonania weryfikacji wykazu osób.

II. Zamawiający w dniu 28 stycznia 2011r. (pismem z 25 stycznia 2011 r.) odmówił odwołującemu ujawnienia informacji i dostępu do części utajnionej oferty Konsorcjum ATM. Zdaniem odwołującego, zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności dotyczy to wykazu wykonanych lub wykonywanych usług – wraz z potwierdzeniem należytego wykonania oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia - wraz z certyfikatami i zaświadczeniami.

Konsekwencją nieprawidłowego zastrzeżenia przez wykonawcę, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które jej nie stanowią, jest ich ujawnienie przez zamawiającego. Powołując się na doktrynę stwierdził, iż brak ujawnienia informacji, które w sposób niezgodny z ustawą zostały zastrzeżone jako tajemnica powoduje niezgodność oferty w tej części z ustawą, a w konsekwencji jej odrzucenie.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 27 stycznia 2011r. zamawiający odmówił przedstawicielowi odwołującego zapoznania się z jawnymi oraz zastrzeżonymi, w sposób niezgodny prawem informacjami. Zamawiający nie udostępnił i nie poinformował przedstawiciela Asseco Poland SA o odtajnieniu części informacji wykonawcy Sygnity S.A. oraz o uzupełnieniu części jawnej pozostałych ofert i protokołu. Odwołujący wniósł o przesłuchanie na tę okoliczność świadka - Dariusza B. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków Łukasza K. i Sylwii K. na okoliczność, iż zamawiający nie przesłał odwołującemu odpowiedzi na wezwanie z uwagi na brak podpisu jednego z członków zarządu.

Odwołujący przywołał uchwałę SN z dnia 21 października 2005r. (sygn. akt III CZP 74/05) wskazując, iż badanie poprawności zastrzeżenia przez wykonawcę części oferty, jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego, a w razie stwierdzenia, iż zostało ono dokonane z naruszeniem przepisów, zamawiający jest zobowiązany do odtajnienia zastrzeżonych informacji.

W ocenie odwołującego, wykaz usług i osób nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców (wskazał wyrok z dnia 23 kwietnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 528/10). Podniósł, iż decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom

przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu.

III. Zamawiający ponadto zaniechał weryfikacji oferty w następującym zakresie:

1. Gwarancja bankowa, stanowiąca dowód wniesienia wadium, zawiera dodatkowe warunki związane z wypłatą sumy gwarancyjnej - m.in. warunek przekazania żądania zapłaty przez bank prowadzący rachunek klienta. Powoduje to, że zamawiający - w przypadku, gdy skieruje bezpośrednio żądanie do BRE BANKU SA - nie otrzyma sumy gwarancyjnej. Od Banku prowadzącego rachunek zależy, czy zamawiający otrzyma sumę gwarancyjną. Tym samym - zamawiający nie ma pełnego zabezpieczenia możliwości egzekucji praw z gwarancji bankowej.

2. Konsorcjum ATM nie wykazało spełnienia wymagania dotyczącego posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na minimum 20 mln zł. Opinia bankowa z 21 września 2010r. wskazuje, że „Aktualnie Bank widzi możliwość udzielenia ATM S.A. kredytu w wysokości 20.000.000, PLN, na warunkach przewidzianych w instrukcji kredytowej BRE Banku S.A., po spełnieniu wymogów związanych z jego udzieleniem i zabezpieczeniem”. To stwierdzenie nie jest wystarczające do wykazania zdolności kredytowej. Dotyczy ewentualnych możliwości udzielenia kredytu. Wskazuje, że bank nie udzieli kredytu w wymaganej wysokości, jeśli nie zostaną spełnione jego dodatkowe wymagania - dotyczące m.in. zabezpieczenia kredytu. Wskazanie „po spełnieniu wymogów związanych z jego udzieleniem i zabezpieczeniem” nie potwierdza zdolności kredytowej na dzień składania ofert, lecz na dzień, kiedy zostaną spełnione wymogi związane z zabezpieczeniem. Odwołujący wskazał, powołując się na doktrynę, iż „Klient banku ma zdolność kredytową wówczas, gdy istniejące w dniu jej weryfikacji okoliczności uzasadniają graniczącą z pewnością realizacją prognozę, że kredytobiorca w całym okresie, na jaki umowa kredytu została zawarta, będzie w stanie sprostać obowiązkowi dokonywania spłat, a z upływem tego okresu będzie mógł zwrócić kredyt i uregulować należności uboczne.” (Komentarz do ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, red. F. Zoll, Zakamycze 2005).

Wykonawca Konsorcjum ATM zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO/ 190/11

Wykonawca Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp, przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 8 ust. 3 Pzp, przez naruszenie stosowania wyjątku od zasady jawności postępowania,

- art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ATM oraz Asseco Poland S.A. z postępowania z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu,
 - art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco, podlegającego wykluczeniu,
 - art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco, która jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów - naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum ATM oraz Asseco do uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz złożenia wyjaśnień treści złożonych ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Konsorcjum ATM z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie wezwania Konsorcjum ATM do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz do złożenia wyjaśnień co do spełniania warunku posiadania doświadczenia oraz wysokości zaoferowanej ceny w kontekście rażąco niskiej ceny, ujawnienia zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum ATM informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, wykluczenia Asseco Poland S.A. z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, odrzucenia oferty Asseco Poland S.A., ze względu na niespełnianie wymagań określonych w siwz, ewentualnie wezwania Asseco do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny oferty, powtórzenia oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosnie oferty Konsorcjum ATM:

1. Odwołujący wskazał, iż przeważająca część oferty została w sposób nieuprawniony zastrzeżona jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy w ocenie odwołującego zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa musi być uzasadnione przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie, a zamawiający jest zobowiązany do dokonania weryfikacji zasadności zastrzeżenia przez Konsorcjum ATM dokumentów stanowiących jakoby tajemnicę przedsiębiorstwa, której to czynności zamawiający zaniechał. Wskazał, iż Konsorcjum ATM zastrzegło jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dane:

- opis spełnienia wymagań w zakresie Infrastruktury Technicznej IT,
- wykaz wykonanych lub wykonywanych usług,
- wykaz certyfikatów lub osób z certyfikatami,
- wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia,
- zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W wyjaśnieniach z dnia 12 stycznia 2011 r. Konsorcjum ATM potwierdziło jedynie, że informacje zawarte w załącznikach nr 6 i 10 do oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - w załączniku nr 6 zawarte są informacje techniczne i posiadające wartość gospodarczą, podobnie jak w przypadku załącznika nr 10. Dodatkowo wyjaśnił, iż przedmiotowe informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, zaś wykonawca podjął niezbędne działania „w celu zachowania ich w poufności, stosownie do uzgodnień poczynionych z podmiotami, których te informacje dotyczą”. Zdaniem odwołującego, Konsorcjum ATM nie wykazało, że informacje, znajdujące się w Załączniku nr 6 oraz nr 10 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w szczególności że informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą, które nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, oraz iż podjęto w stosunku do nich niezbędne działania, w celu zachowania poufności.

Odwołujący podniósł, iż Załącznik nr 6 zawiera wykaz certyfikatów lub osób z certyfikatami. Natomiast na stronach internetowych podmiotów, wchodzących w skład Konsorcjum ATM znajdują się certyfikaty, jakie mogłyby być wykorzystane w niniejszym postępowaniu, a więc nie są to informacje chronione lecz - ogólnie dostępne.

W Załączniku nr 10 znajdują się zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów oznaczać musi, iż podmioty, które takie zasoby oddają, wezmą udział w realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że informacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie może mieć charakteru etapowego, tzn. nie może być tajemnicą na etapie oceny ofert, podczas gdy w momencie dołączenia jej do umowy straci przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Na marginesie odwołujący wskazał, iż zamawiający w siwz, na str. 6, dział X postanowił, że nie dopuszcza możliwości powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom.

Odwołujący podkreślił, iż Konsorcjum ATM nie złożyło żadnych wyjaśnień co do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w Załącznikach nr 3, 5, 8. W dokumencie z dnia 12 stycznia 2010 r., na str. 1 i 2 w pkt. 1.2. Konsorcjum ATM wyraźnie odniosło się do projektu informatycznego, wskazanego w wykazie wykonanych dostaw lub usług (Załącznik nr 5), poprzez wskazanie podmiotu, na rzecz którego projekt został zrealizowany, daty realizacji oraz przedmiotu. Dokumenty dotyczące ww. projektu nie mogą być uznane zatem nadal za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał też, że koncepcja stworzona przez wykonawcę (Załącznik nr 3 do oferty) na potrzeby prowadzonego postępowania, która stanowi istotę treści oferty, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i brak jest podstaw do jej utajnienia.

2. Ponadto, odwołujący podniósł, iż Konsorcjum ATM nie złożyło wymaganych dokumentów::

- oświadczenia o wielkości zatrudnienia (Załącznik nr 7 do siwz) - dla spółki Innovation Technology Group S.A., a zamawiający nie wezwał do jego uzupełnienia,
- Konsorcjum ATM dołączyło do oferty certyfikaty wystawione dla osób proponowanych do realizacji zamówienia w języku obcym, niezałączając tłumaczenia na język polski, a zatem niezgodnie z wymaganiami dział XVIII pkt 3 siwz.

Odwołujący zauważył, iż certyfikaty złożone przez Konsorcjum ATM nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż zostały złożone w innym niż polski języku. Nie jest zatem dopuszczalne uzupełnienie tego braku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, przez złożenie tłumaczeń certyfikatów, gdyż stanowiłoby to niedozwolone uzupełnienie treści oferty.

3. Konsorcjum ATM w dokumencie z dnia 12 stycznia 2010 r. wskazało - w odniesieniu do ATM Systemy Informatyczne sp. z o. o. - na zmiany rejestrowe związane z przekształceniami spółki, jednak nie przedstawiło żadnych dokumentów, potwierdzających zaistnienie zmian, a zamawiający nie wezwał Konsorcjum do wyjaśnień.

4. Konsorcjum ATM złożyło w dokumencie z dnia 12 stycznia 2010 r. w pkt 1.4 wyjaśnienia dotyczące osoby wskazanej na stanowisko Głównego Architekta. Jak wynika z treści pisma, wykazany dla tej osoby projekt „platforma InternetTV” w obecnej skali systemu gromadzi i przetwarza około 50000 rekordów w ciągu każdych 15 minut, a zatem nie spełnia wymogu siwz (dział XIII w punkcie 1.1.3 lub 1.1.4), aby średnia dobową wydajność akwizycji (pobieranych i przetwarzanych do bazy danych rekordów) wynosiła przynajmniej 500 000 rekordów / 15 min.

5. Odwołujący wskazał „na marginesie”, iż z przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 12 stycznia 2010 r. oświadczeń Konsorcjum ATM wynika, że przedmiotowe zamówienie ma dla Konsorcjum ATM charakter „nowatorski”, co oznacza, iż Konsorcjum ATM nie wykonywało nigdy projektu o wymaganym charakterze. W konsekwencji zachodzi podejrzenie, iż w niewłaściwy sposób zostało opisane przez wykonawcę spełnienie wymagań w zakresie Infrastruktury Technicznej IT, a tym samym niewłaściwie została oszacowana cena oferty. Zamawiający zaniechał jednak wyjaśnienia kwestii ceny. Nadto, określenie to wyraźnie wskazuje, iż Konsorcjum ATM nie posiada doświadczenia we wdrażaniu projektu, objętego zamówieniem.

Odnośnie oferty Asseco Poland S.A.:

W ocenie odwołującego oferta złożona przez Asseco Poland S.A. nie spełnia wymagań określonych w siwz. Zamawiający zaniechał badania oferty pod tym kątem, jak również - pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1. Zamawiający wymagał (Załącznik nr 1 do siwz, pkt. 16.3), aby w zakresie narzędzi umożliwiających monitorowanie pracy systemu w czasie rzeczywistym zastosowano serwer aplikacyjny (co najmniej klasy WebLogic, JBoss lub WebSphere). W ofercie

Asseco (w Załączniku nr 3 do oferty) brak jest ogólnego opisu serwera aplikacyjnego właściwej klasy, tj.: „...co najmniej klasy WebLogic, JBoss lub WebSphere”.

2. Zamawiający wymagał (Załącznik nr 1 do siwz pkt. 16.2), aby w zakresie narzędzi umożliwiających monitorowanie pracy systemu w czasie rzeczywistym zastosowano szynę danych (co najmniej IBM WebSphere MQ, Oracle Tuxedo, WebMethods). W ofercie Asseco (w Załączniku nr 3 do oferty) brak jest informacji dotyczących wybranej szyny integracyjnej oraz architektury jej funkcjonowania. Nie zostało też udokumentowane, że planowana szyna integracyjna to: „co najmniej IBM WebSphere MQ, Oracle Tuxedo, WebMethods”.

Ponadto, schemat techniczny oraz opis oferowanego rozwiązania w ofercie Asseco nie przedstawia metody zabezpieczania ciągłości pracy zamawiającego - istnieje zatem prawdopodobieństwo, że nie zaoferowano takiego zabezpieczenia. Odwołujący wskazał, iż brak zaoferowania zabezpieczenia ciągłości pracy znacznie obniża cenę oferty i jest sprzeczne z wymogami zawartymi w pkt 3.1. oraz 3.3. Załącznika nr 16 do siwz.

Oferta Asseco nie uwzględnia oprogramowania szyny i serwera aplikacji odpowiedniej klasy (klasy Enterprise), a wobec tego zastosowane serwery typu blade nie zapewnią odpowiedniej wydajności. Odwołujący wskazał, iż pojęcie „klasy Enterprise” oznacza oprogramowanie czy sprzęt najwyższej klasy, najbardziej wydajny, redundanthy, przeznaczony dla dużych przedsiębiorców. W opinii odwołującego, brak jest takiej Infrastruktury Sprzętowej i Oprogramowania Narzędziowego w ofercie Asseco. Zaoferowany sprzęt jest tańszy jednostkowo, jest to sprzęt z tzw. "nieco niższej półki”.

Biorąc pod uwagę, że wykonawca wycenił w swoim rozwiązaniu 23 serwery typu "blade" należy domyślać się, że prawdopodobnie planuje zwielokrotnienie jednostek w poszczególnych obszarach. Nie wiadomo jednak, czy owo zwielokrotnienie będzie w postaci klastra zapewniającego niezawodność i równomierne rozłożenie zasobów (Load Balancing), zgodnie z wymaganiami - Załącznik 16 pkt 3.1 i 3.3. Powyższe oznacza, iż Asseco nie potwierdziła spełnienia wymagań siwz, a tym samym oferta winna zostać odrzucona.

Na liście Oprogramowania Narzędziowego, przedstawionej przez Asseco znajduje się niedomówienie w zakresie rodzaju licencji na WINDOWS 2008 Server. Asseco nie sprecyzowała czy to jest licencja Standard czy Enterprise. Licencja Standard wyklucza budowanie klastra w oparciu o WINDOWS, zatem nie ma możliwości zapewnienia wymagań określonych w siwz (przy licencji Oracle wskazałno jednoznacznie „EE” (Enterprise Edition) - w przypadku WINDOWS takiej informacji nie ma.

W specyfikacji sprzętu IBM pozycja dotycząca systemu operacyjnego jest na liście, ale nie jest określona, a ilość jest podana jako "1”. Warunki licencji na Microsoft, jakie przedstawiła Asseco sugerują, iż Asseco będzie najprawdopodobniej realizować wirtualizację w oparciu o mechanizmy Microsoftu. Wirtualizacja Microsoft jest w powszechnej opinii specjalistów IT

dużo mniej zaawansowana od zaproponowanej przez odwołującego – VMWARE, co może mieć kluczowe znaczenie dla tak dużego systemu, jaki ma zamiar zbudować zamawiający.

Oferta Asseco nie spełnia wymagania określonego w Załączniku nr 1 do siwz, który precyzuje zawartość załącznika nr 3 do oferty. Zamawiający wymagał określenia dokładnego schematu technicznego proponowanego rozwiązania. Oferta Asseco nie zawiera takiego opisu. Elementy zawarte w Załączniku nr 3 na stronie 25 oferty można nazwać jedynie schematem poglądowym, a nie dokładnym schematem technicznym proponowanego rozwiązania.

Brak jest w ofercie Asseco dokładnego opisu rozwiązania technicznego, który precyzowałby istotne elementy systemu, przedstawione przez zamawiającego w siwz: brak informacji o środowiskach logicznych (rozwojowe, testowe, produkcyjne), o których mowa w Załączniku nr 14 do siwz - wzór umowy art. 11 punkt 11.3 (strona 35).

Odwołujący wskazał, iż w związku z powyższymi wątpliwościami co do niezgodności oferty Asseco z warunkami siwz zachodzi uzasadniona wątpliwość co do należytego ukształtowania ceny oferty Asseco. Nie uwzględniając wielu wymaganych elementów nie wzięto ich zapewne pod uwagę w wycenie.

3. Zamawiający wymagał w siwz udzielenia 4-letniego wsparcia, serwisu oraz gwarancji producenta na sprzęt lub oprogramowanie w okresie 4-letnim. Oferta Asseco zawiera w tym zakresie wewnętrzną sprzeczność. Z jednej strony Asseco złożyło oświadczenie, iż spełnia wymogi określone w siwz, a z drugiej przedstawiono dokumenty niepotwierdzające tych okoliczności, a wręcz wskazujące na długość okresu gwarancji niezgodną z wymogiem zamawiającego (str 23 oraz 121,122 oferty - wpisy w języku angielskim).

Zdaniem odwołującego, w związku z powyższymi informacjami należy uznać, iż Asseco nie posiada należytego doświadczenia w budowie systemów klasy Enterprise dla klienta na rynku energetycznym. Z treści oferty można domniemywać, iż Asseco w całości planuje własne wytworzenie oprogramowania aplikacyjnego (z pominięciem software'u firmy Compuware) z użyciem narzędzi firmy Microsoft (platforma NET Microsoftu), co stanowi duże zagrożenie dla realizacji przedmiotu zamówienia. Z koncepcji Asseco wynika przygotowanie rozwiązania, bez wykorzystania istniejących na rynku informatycznym, sprawdzonych narzędzi uznanych firm trzecich (w tym przypadku np.: IBM WebSphere Server czy innych).

4. Asseco nie wykazała spełnienia wymagania określonego w siwz (dział XIII, pkt 4 ppkt 2.6). Z oświadczenia załączonego przez Asseco wynika, iż projekt wykazany dla Głównego Analityka nie obejmował wymaganych usług utrzymania. Kwestia ta nie została uzupełniona. W wyjaśnieniach do oferty nie potwierdzono wymaganych usług utrzymania projektu. Zatem Asseco nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

5. Oferta Asseco nie spełnia wymagań określonych w siwz w zakresie doświadczenia (Dział XIII pkt 1 zwłaszcza ppkt 1. 1.1. - 1.1.4). Na potwierdzenie ww. wymogów Asseco

przedstawiła (str. 135 oferty) referencje, wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, z których wynika, iż system wdrażany był począwszy od roku 1997, a później był tylko modyfikowany. W oparciu o przedstawione dokumenty nie sposób stwierdzić, jaki był zakres tych modyfikacji. Nadto od roku 2008 system był tylko administrowany i utrzymywany. Zatem projekt został wykonany w latach, które nie wchodzą w okres wymagany w siwz.

6. Zamawiający, zgodnie z Działem XVIII pkt 3 siwz, wymagał przedstawienia w ofercie dokumentów w języku polskim. Asseco przedstawiło certyfikaty w języku angielskim. Tłumaczenia zostały dołączone dopiero na etapie wyjaśnień. Dokumenty zostały zatem złożone niezgodnie z treścią i wymaganiami siwz. W konsekwencji nie jest dopuszczalne uzupełnienie tego braku przez złożenie tłumaczeń, gdyż zamawiający nie może dokonywać uzupełnień dotyczących treści oferty.

7. Oferta Asseco zawiera sprzeczność dotyczącą oferowanego systemu telekomunikacyjnego Cisco. Wymaganiem było przedstawienie rozwiązania sprzętowego w zakresie sieciowej integracji oferowanej infrastruktury sprzętowo-serwerowej. Odwołujący wskazał, iż w ramach systemu telekomunikacyjnego wchodzi hardware oraz software (sprzęt oraz oprogramowanie). Asseco w ofercie wskazało, iż w ramach systemu telekomunikacyjnego Cisco dostarczać będzie jedynie sprzęt, podczas gdy na liście oprogramowania narzędziowego na str. 26 oferty brak jest wyliczenia, iż Asseco będzie dostarczało również oprogramowanie Cisco w ramach systemu telekomunikacyjnego Cisco. W ofercie brak też licencji na oprogramowanie Cisco. Odwołujący zauważył, iż na sprzęcie Cisco znajduje się oprogramowanie narzędziowe Cisco, zatem oprogramowanie jest integralną częścią sprzętu, stanowi system operacyjny tych urządzeń. W związku z powyższym, Asseco była zobowiązana do dołączenia do oferty warunków licencyjnych na oprogramowanie Cisco. Zdaniem odwołującego, zamawiający winien był na etapie oceny ofert wezwać Asseco w ww. zakresie do złożenia wyjaśnień.

Wykonawcy Asseco Poland S.A. i Konsorcjum ATM zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedzi na powyższe odwołania, przesyłając ich kopie odwołującym i przystępującym.

W sprawie o **sygn. akt KIO/183/11** - zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wyjaśnił, iż Wasko S.A. w załączniku Formularz cenowy podało kwoty rażąco odbiegające od wartości procentowych przypisanych do poszczególnych faz przez zamawiającego w załączniku „Wynagrodzenie”. Wskazał, iż Formularz cenowy stanowi istotną część treści oferty i jest jedynym źródłem informacji o wysokości zaoferowanej ceny oraz o cenach poszczególnych produktów. Podkreślił, że podział wynagrodzenia wymagany przez zamawiającego nie był przypadkowy, lecz został zaprojektowany w taki sposób, by zabezpieczyć

zamawiającego przed skonsumowaniem przez wykonawcę całego zakładanego zysku w pierwszych etapach realizacji umowy i miał równomiernie rozłożyć finansowanie projektu, z zastrzeżeniem pozostawienia istotnej części płatności na koniec. Tak więc procentowy rozkład płatności jest istotnym biznesowym elementem przedsięwzięcia. Podział płatności zaoferowany przez Wasko S.A. jest wręcz zaprzeczeniem założeń zamawiającego zdefiniowanych w Załączniku 17 do siwz oraz w załączniku „Wynagrodzenie”.

W odniesieniu do zarzutu braku poprawienia omyłek w Formularzu cenowym w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp zamawiający wskazał, iż załącznik „Wynagrodzenie” został prawidłowo zastosowany przez zdecydowaną większość wykonawców. W opinii zamawiającego, rozbić ceny w Formularzu ofertowym przez Wasko S.A. w taki sposób, aby zdecydowana większość wynagrodzenia została wypłacona w pierwszych fazach realizacji zamówienia, świadczy o celowym działaniu, co wyklucza uznanie sprzeczności oferty z siwz za omyłkę.

Ponadto, zamawiający nie ma podstaw, aby ją poprawić, gdyż opierając się o posiadane informacje, wynikające z treści oferty i dołączonych do niej dokumentów, nie ma możliwości ustalenia, jakie kwoty wynagrodzenia należy przypisać do poszczególnych rubryk Formularza cenowego.

Zamawiający wyjaśnił, iż zastosował art. 26 ust. 3-4 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty zabezpieczone wadium, aby umożliwić całościową ocenę ofert. Dopiero po uzupełnieniu dokumentów i złożeniu wyjaśnień, zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu ofert Wasko S.A. i Konsorcjum Qumak-Sekom.

W sprawie o **sygn. akt KIO/191/11** - zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.
Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum ATM:

Zamawiający wskazał, że odwołujący oparł żądanie wykluczenia Konsorcjum ATM z postępowania wyłącznie na domniemaniu, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Zamawiający stwierdził, że Konsorcjum ATM spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków znalazły się w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, na stronach 431-460 oferty Konsorcjum ATM (Załącznik nr 5 do oferty) oraz w piśmie Konsorcjum ATM z dnia 12 stycznia 2011 r. (pkt 2.5 na str. 6 wraz z załączonymi dokumentami).

Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy wykazali się wykonaniem projektów dla podmiotów publicznych. Zapisy Działu XIII pkt. 1 siwz nie zawierają również ograniczenia w zakresie terytorium, na którym miały zostać wykonane projekty. Posiadana przez odwołującego wiedza na temat projektów

odpowiadających wymaganiom określonym w siwz, na terenie Polski, nie może być wyznacznikiem określającym krąg podmiotów, zdolnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący pominął również fakt, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp, może polegać między innymi na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem, iż potwierdzeniem posiadanego doświadczenia może być wyłącznie „raport z testów lub pisemne oświadczenie docelowego Klienta...”. Zamawiający może żądać wskazania wymaganych informacji na temat wykonanych projektów w wykazie wykonanych dostaw lub usług, nie może jednak określać treści dokumentu potwierdzającego ich należyte wykonanie (referencji). Dokument potwierdzający należyte wykonanie dostawy lub usługi powinien umożliwiać jedynie identyfikację wykonanej dostawy lub usługi i zawierać sformułowania pozwalające na stwierdzenie, że dostawy te lub usługi zostały wykonane należycie.

Odnosząc się do żądania powołania biegłego z zakresu informatyki zamawiający wskazał, że żądanie to należy uznać za niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów regulujących procedurę rozpoznawania odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zgodnie z treścią art. 190 ust. 4 Pzp, biegłego można powołać w sytuacji, gdy wiadomości specjalnych wymaga ustalenie stanu faktycznego sprawy. W tej sprawie, w przypadku uwzględnienia wniosku, biegły byłby natomiast zobowiązany do dokonania oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, co wykracza poza możliwy zakres oceny biegłego. Oceny tej w postępowaniu dokonuje zamawiający, a w przypadku zakwestionowania tej oceny w odwołaniu - Krajowa Izba Odwoławcza.

Przedstawione przez Konsorcjum ATM w ofercie dokumenty nie budzą żadnej wątpliwości co do spełnienia omawianych warunków, więc zamawiający nie ma podstaw do sięgania do jakiegokolwiek metody weryfikacji tych dokumentów, wykraczającej poza badanie ich treści. W opinii zamawiającego, Konsorcjum ATM wykazało spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w wystarczającym stopniu.

Podobnie na domniemaniach tylko oparte są twierdzenia odwołującego w zakresie złożenia przez Konsorcjum ATM nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jak również nieposiadania przez Konsorcjum ATM zasobów kadrowych niezbędnych do wykonania zamówienia. Odwołujący nie udowodnił, że Konsorcjum ATM nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu lub złożyło nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

II. Zarzut nieudostępnienia części oferty Konsorcjum ATM.

W pierwszej kolejności zamawiający zauważył, że zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum ATM został podniesiony po terminie.

W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert został wyznaczony na dzień 22 listopada 2010 r., w tym samym dniu dokonane zostało otwarcie ofert. Termin do wniesienia odwołania wobec nieudostępnienia przez zamawiającego zastrzeżonych przez wykonawców części ofert należy liczyć od dnia następującego po dniu, w którym upłynął termin składania ofert, ponieważ zgodnie z treścią art. 96 ust. 3 Pzp oferty podlegają udostępnieniu od chwili ich otwarcia. Już od chwili otwarcia ofert wykonawcy mogą - przy zachowaniu należytej staranności - powziąć wiadomość o nieudostępnieniu przez zamawiającego zastrzeżonych przez wykonawców informacji zawartych w ofertach, a więc o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. W niniejszym postępowaniu termin do podniesienia zarzutu sformułowanego w pkt. II odwołania upłynął - zgodnie z treścią art. 182 ust. 3 pkt. 1 w związku z art. 14 Pzp i art. 111 § 2 k.c. - w dniu 2 grudnia 2010 r. Odwołujący uzyskał wgląd do ofert w dniu 9 grudnia 2010 r. i tego właśnie dnia powziął wiadomość o nieudostępnieniu części oferty Konsorcjum ATM, która została oznaczona przez powołanego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nawet gdyby liczyć termin do wniesienia odwołania wobec nieudostępnienia części oferty Konsorcjum ATM od dnia, w którym odwołujący powziął wiadomość o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, termin ten upłynął w dniu 20 grudnia 2010 r.

Odwołujący zwrócił się pisemnie do zamawiającego o udostępnienie informacji, które w jego opinii nie powinny podlegać utajnieniu, dopiero w dniu 20 stycznia 2011 r., a więc po prawie dwóch miesiącach od dnia otwarcia ofert. W ocenie zamawiającego, ani terminu złożenia wniosku o udostępnienie utajnionej części oferty Konsorcjum ATM, ani terminu udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi na ten wniosek, nie można uznać za początek biegu terminu wobec nieudostępnienia przez zamawiającego utajnionych części ofert. Termin ten bowiem powinien być liczony od dnia otwarcia ofert, ponieważ tylko tak liczony termin umożliwia podejmowanie przez zamawiającego decyzji w postępowaniu, zgodnie z zasadą ekonomiki postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie wniosków o przesłuchanie świadków na okoliczność udzielania przez zamawiającego informacji o przygotowywaniu odpowiedzi na pismo odwołującego z dnia 20 stycznia 2011 r., jako okoliczności niemających znaczenia dla oceny, czy zamawiający podjął czynność niezgodną z przepisami ustawy lub zaniechał czynności, do której zobowiązany jest na podstawie ustawy.

Z ostrożności procesowej, zamawiający podniósł, że zarzuty dotyczące odmowy udostępnienia jawnej części dokumentacji postępowania nie znajdują jakiegokolwiek oparcia

w stanie faktycznym. Przywołany w odwołaniu przedstawiciel zamawiającego podczas zapoznawania się z przedstawicielami Asseco Poland S.A. z dokumentacją postępowania w dniu 09.12.2011 r. udostępnił do wglądu wszystkie dokumenty, które chcieli oni obejrzeć, z wyłączeniem jedynie tych, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W toku badania dokumentacji przedstawiciele odwołującego nie formułowali jakichkolwiek oczekiwań co do dodatkowych dokumentów, ani nie zgłaszali jakichkolwiek zastrzeżeń co do zakresu udostępnianej dokumentacji. W późniejszym czasie, poza wnioskiem z dnia 20.01.2011 r. o odtajnienie części niejawnych ofert, Asseco Poland S.A. nie złożyło żadnego wniosku o ponowny wgląd do dokumentacji postępowania.

Zdaniem zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że wykaz wykonanych usług i dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, może być objęty ochroną przed udostępnieniem, jeśli informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Zamawiający dokładnie zbadał prawidłowość zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i podjął decyzję o ich nieudostępnianiu. W ocenie zamawiającego, charakter informacji zawartych w wymienionych oświadczeniach i dokumentach przemawia za obowiązkiem ich ochrony na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp.

III. Zarzut dotyczący niewniesienia wadium:

Wbrew twierdzeniom odwołującego, warunek przekazania żądania zapłaty przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta gwarancji, nie stanowi utrudnienia w skorzystaniu przez zamawiającego z uprawnień przysługujących mu z tytułu gwarancji. Gwarancja bezwarunkowa to zobowiązanie banku do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz beneficjenta gwarancji, po otrzymaniu przez bank wezwania do zapłaty, spełniającego wymogi formalne określone w gwarancji. Zawarcie w treści dokumentu gwarancji bankowej zapisu, iż zapłata nastąpi w przypadku przekazania żądania zapłaty przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta gwarancji - należy traktować jako „wymóg formalny” (stosowany powszechnie w tego rodzaju gwarancjach).

IV. Zarzut dotyczący spełniania przez Konsorcjum ATM warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej.

Zamawiający wyjaśnił, iż nie wymagał złożenia promesy uzyskania kredytu lecz posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 20 mln zł. Przedstawiona przez Konsorcjum ATM opinia bankowa stanowi wystarczające potwierdzenie posiadania przez Konsorcjum ATM zdolności kredytowej w wysokości 20 mln zł. Konieczność spełnienia dodatkowych wymagań związanych z zabezpieczeniem kredytu jest standardowym wymaganiem banków w przypadku podejmowania decyzji o udzieleniu konkretnego kredytu, jednak nie ma to znaczenia dla oceny samej zdolności kredytowej wykonawcy. Ponadto, w niniejszym postępowaniu nie było konieczne przedstawienie

dokumentów potwierdzających posiadanie zdolności kredytowej w dniu składania ofert, lecz stosownie do § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zamawiający żądał złożenia dokumentów wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W sprawie o **sygn. akt KIO/190/11** - zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

I. Zarzuty wobec oceny oferty Konsorcjum ATM:

1. Zamawiający wskazał, że zarzut zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum ATM został podniesiony przez odwołującego po terminie.

W przedmiotowym postępowaniu termin składania i otwarcia ofert został wyznaczony na dzień 22 listopada 2010 r. Termin do wniesienia odwołania wobec nieudostępnienia zastrzeżonych przez wykonawców części ofert należy liczyć od dnia następującego po dniu, w którym upłynął termin składania ofert, ponieważ zgodnie z treścią art. 96 ust. 3 Pzp oferty podlegają udostępnieniu od chwili ich otwarcia. Już od chwili otwarcia ofert wykonawcy mogą - przy zachowaniu należytej staranności - powziąć wiadomość o nieudostępnieniu przez zamawiającego zastrzeżonych przez wykonawców informacji zawartych w ofertach, a więc o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. W niniejszym postępowaniu termin do podniesienia zarzutu upłynął, zgodnie z treścią art. 182 ust. 3 pkt. 1 w związku z art. 14 Pzp i art. 111 § 2 k.c. - w dniu 2 grudnia 2010 r.

Podkreślił, iż nie ma miejsca sytuacja, aby Konsorcjum ATM wykazało w części zastrzeżonej oferty te same certyfikaty, które są zamieszczone na stronach internetowych podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum ATM.

Odnosząc się do zarzutu nieudostępnienia informacji zawartych w Załączniku nr 10 (zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów), zamawiający zauważył, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie musi być równoznaczne z udziałem tych podmiotów w realizacji zamówienia. Wbrew stanowisku odwołującego informacje na temat współpracy z innymi podmiotami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ określają zakres powiązań pomiędzy podmiotami występującymi w tej samej branży na danym rynku.

W odniesieniu do zastrzeżenia informacji zawartych w Załączniku nr 3 (opis infrastruktury IT), 5 (wykaz osób) i 8 (wykaz wykonanych dostaw i usług) zamawiający stwierdził, że brak szczegółowych wyjaśnień wykonawcy w zakresie podstaw zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest przeszkodą w utrzymaniu przez zamawiającego zastrzeżenia tych informacji na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp. Zamawiający zauważył, że możliwość zastrzeżenia wykazu wykonanych usług i dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, a także opisu oferowanej infrastruktury technicznej, była wielokrotnie potwierdzana w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych

Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający wyjaśnił, iż w niniejszym postępowaniu dokładnie zbadał prawidłowość zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i na podstawie przeprowadzonej analizy podjął decyzję o ich nieudostępnianiu.

Nie można zgodzić się również z twierdzeniem, iż wskazanie przez Konsorcjum ATM w piśmie z dnia 12 stycznia 2011 r. podmiotu, na którego rzecz realizowany był projekt wykazany w wykazie wykonanych dostaw lub usług, a także daty jego realizacji i przedmiotu, powoduje utratę charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie wykonanych dostaw lub usług. W wykazie znajdują się bowiem również inne informacje dotyczące tego projektu (przede wszystkim jego zakres merytoryczny oraz wartość). Fakt, iż Konsorcjum ATM udostępniło niektóre informacje wcześniej zastrzeżone w ofercie, nie oznacza, że zamawiający jest zwolniony z obowiązku ochrony pozostałych informacji zawartych w wykazie. Te zaś informacje, które straciły charakter tajemnicy ze względu na ich ujawnienie przez Konsorcjum ATM, są już znane odwołującemu, więc wniosek o ich udostępnienie jest bezprzedmiotowy. Podkreślił, że sam odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w złożonych wraz z własną ofertą Załącznikach nr 3, 5 i 8, co podważa zasadność podnoszonej argumentacji (przy czym odwołujący w wyniku złożonych następnie wyjaśnień zgodził się na ujawnienie części wykazu w zakresie dostaw wykonanych na rzecz podmiotów publicznych).

2. Zarzut dotyczący niezłożenia przez Konsorcjum ATM oświadczenia o wielkości zatrudnienia.

Zamawiający nie wymagał, aby każdy wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniał wymaganie w zakresie zatrudniania odpowiedniej ilości osób. Możliwość zsumowania potencjału wynika z istoty konsorcjum.

3. Zarzut dotyczący złożenia przez Konsorcjum ATM certyfikatów w języku innym niż polski.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, złożenie dokumentów w języku innym niż polski bez jednoczesnego załączenia tłumaczenia tych dokumentów na język polski należy traktować na równi z niezłożeniem dokumentów lub złożeniem dokumentów zawierających błędy. Tym samym zamawiający miał obowiązek zastosować wobec Konsorcjum ATM dyspozycję przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i wezwać Konsorcjum ATM do uzupełnienia dokumentów.

4. Zarzut dotyczący zmian rejestrowych związanych z przekształceniami członka Konsorcjum ATM.

Odwołujący nie sformułował żadnego zarzutu w odniesieniu do zamawiającego, wskazał wyłącznie na własne wątpliwości co do dokonanej zmiany (przekształcenia) w spółkach wchodzących w skład Konsorcjum ATM. Ponieważ więc odwołanie w tym zakresie nie zawiera skonkretyzowanego zarzutu, ani żądania, ani uzasadnienia, omawiany „zarzut” nie powinien być rozpatrywany. Zamawiający wskazał, iż nie jest zobowiązany do wymagania od wykonawców potwierdzenia zaistniałych przekształceń, dokonanych po terminie składania ofert.

5. Zarzut dotyczący doświadczenia Głównego Architekta w ofercie Konsorcjum ATM.

Zamawiający wskazał, że z żadnego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, iż projekt, w którym brał udział Główny Architekt, powinien spełniać

jakiegokolwiek szczególne warunki, poza opisanymi w pkt. 1.2.2. Działu XIII siwz (projekt wytworzenia, wdrożenia, i rozwoju oprogramowania, o wartości przynajmniej 10 mln PLN netto). Konsorcjum ATM potwierdziło spełnianie warunku dysponowania Głównym Architektem, posiadającym opisane doświadczenie.

6. Zarzut dotyczący niewłaściwego oszacowania ceny oferty przez Konsorcjum ATM.

Zamawiający nie jest uprawniony do badania, czy cena oferty została przez danego wykonawcę ukształtowana „należycie”. Zamawiający jest zobowiązany wyłącznie do badania, czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie jednej z okoliczności wskazanych w art. 89 ust. 1 oraz art. 90 ust. 3 Pzp. Ponieważ zaoferowana przez Konsorcjum ATM cena stanowi około 91% średniej ceny spośród wszystkich złożonych ofert i 89% średniej ceny spośród ofert nieodrzuconych, zamawiający nie znalazł podstaw do wezwania Konsorcjum ATM do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie znalazł również podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy na jednej z podstaw, wskazanych w art. 89 ust. 1 Pzp, a odwołujący nie sformułował w tym zakresie żadnych konkretnych zarzutów.

II. Zarzuty wobec oferty Asseco Poland S.A.

1. Zarzut dotyczący należytego ukształtowania ceny oferty.

Zamawiający wskazał, iż nie jest uprawniony do badania, czy cena została przez danego wykonawcę ukształtowana „należycie”. Jest zobowiązany wyłącznie do badania, czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie jednej z okoliczności wskazanych w art. 89 ust. 1 oraz art. 90 ust. 3 Pzp. Ponieważ zaoferowana przez Asseco Poland S.A. cena stanowi około 101% średniej ceny spośród wszystkich złożonych ofert i 98% średniej ceny spośród ofert nieodrzuconych, zamawiający nie znalazł podstaw do wezwania Asseco Poland S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie znalazł również podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy na jednej z podstaw, wskazanych w art. 89 ust. 1 Pzp, a odwołujący nie sformułował w tym zakresie żadnych zarzutów.

2. Zarzut niezgodności treści oferty Asseco Poland S.A. z treścią siwz.

Odwołujący sformułował szereg zarzutów dotyczących opisu rozwiązania oferowanego przez Asseco Poland S.A. (pkt 1-3 i 7 w części odwołania dotyczącej Asseco Poland SA). Wskazał, iż zarzuty odwołującego opierają się jedynie na domniemanej sprzeczności treści oferty Asseco Poland S.A. z wymaganiami, których zamawiający nie wystawił w siwz, z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania wykonawców. Z siwz nie wynika, że oferta powinna zawierać szczegółowy projekt oferowanego rozwiązania - nie było w szczególności wymagania, by ze schematu, czy listy produktów wynikało potwierdzenie spełnienia każdego z wymagań odnoszących się do zamawianego Systemu Aplikacyjnego, składającego się w części z oprogramowania, które dopiero powstanie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów zamawiający stwierdził, co następuje:

a) Brak opisu serwera aplikacyjnego

Zgodnie pkt 16.3 Załącznika nr 1 do siwz, w ramach realizacji zamówienia: „Powinny być dostarczone narzędzia umożliwiające monitorowanie pracy systemu w czasie rzeczywistym w zakresie

obejmującym co najmniej (...) zastosowany serwer aplikacyjny (co najmniej Web Logic, Web Sphere, JBoss)". Na str. 15 oferty Asseco Poland S.A. wprost stwierdzono, że rozwiązanie będzie wykorzystywało oprogramowanie wymaganej klasy. Zamawiający w żadnym miejscu siwz nie wymagał dokładnego opisu serwera aplikacyjnego, co twierdzi odwołujący. Wymaganie takie nie wynika również z odpowiedzi na pytania wykonawców.

b) Brak opisu szyny integracyjnej.

Z treści siwz nie wynika obowiązek opisanie szyny integracyjnej. W pkt 16.2 Załącznika nr 1 do siwz stwierdza się jedynie, że w ramach realizacji zamówienia powinny być dostarczone narzędzia umożliwiające monitorowanie pracy systemu w czasie rzeczywistym w zakresie obejmującym co najmniej (...) zastosowanej szyny danych (co najmniej IBM WebSphere IWO, Oracle Tuxedo, Web Methods. Obowiązek, o którym mowa w odwołaniu, nie wynika także z odpowiedzi na pytanie nr 196, czyli jedyne pytanie dotyczące szyny integracyjnej. Co więcej, ze schematu zawartego na str. 25 oferty Asseco Poland S.A. wynika wprost, że szyna danych będzie wchodzić w skład oferowanego rozwiązania.

c) Brak load balancingu, zabezpieczenia ciągłości danych i sprzeczność z pkt 3.1 i 3.3 Załącznika nr 16 do siwz.

Zarzut został oparty przez odwołującego na wymaganiach, których nie wystawiono w specyfikacji. Odwołujący przyjmuje, opierając to jedynie na własnych przypuszczeniach i domysłach, że rozwiązanie oferowane przez Asseco Poland S.A. nie jest optymalne. Zamawiający podkreślił, że szczegółowe opisanie sposobu zapewnienia poszczególnych funkcjonalności, w tym zapewnienia load balancingu i zabezpieczenia ciągłości danych, nie było wymagane w siwz.

d) Brak oprogramowania szyny i serwera aplikacji klasy Enterprise.

Zamawiający wskazał, że nie sprecyzował pojęcia „klasy enterprise" w siwz, a wobec tego ma obowiązek dopuścić każde rozwiązanie, które mieści się w każdym możliwym rozumieniu tego pojęcia, aby nie przerzucać skutków ewentualnego braku precyzji na wykonawców. Na potrzeby oceny zamawiający przyjął, że pojęcie „klasy Enterprise" to produkty inne, niż przeznaczone dla osób fizycznych. Wszystkie zaoferowane przez wykonawców produkty spełniają, w ocenie zamawiającego, omawiany wymóg.

e) Kwestia licencji Microsoft..

Odwołujący nie stwierdził, w jakim zakresie oferta jest sprzeczna z siwz i jakie konkretnie postanowienie siwz odnosi się do spornego zagadnienia. Odwołujący ograniczył się jedynie do przypuszczeń. Zamawiający nie jest uprawniony do oceny, czy wybrane przez wykonawcę rozwiązania są optymalne technologicznie, może tylko weryfikować, czy propozycja wykonawcy odpowiada oczekiwaniom wprost wyrażonym w siwz.

f) Brak „szczegółowego schematu technicznego".

Zamawiający wskazał, iż żaden z wykonawców nie zadał pytania, jak należy zinterpretować sformułowanie „szczegółowy schemat", a sam zamawiający nie zdefiniował tego pojęcia. Nie jest zatem

uprawnione interpretowanie niejasności w siwz na niekorzyść wykonawców. W szczególności niedopuszczalne jest przykładanie do ofert wzorca wypracowanego na podstawie treści jednej z ofert. Nie ma żadnych podstaw, by uznać, że schemat zawarty w ofercie Asseco Poland S.A. jest niewystarczająco precyzyjny na tym etapie postępowania. Szczegółowe dokumenty analityczne powstaną dopiero na etapie wykonywania Umowy.

g) Czas trwania serwisu producenta.

Sam fakt, że w ofercie Asseco Poland S.A. uwzględniono standardowe „produkty serwisowe” poszczególnych producentów, które obejmują okres 3 lat, nie oznacza, że wsparcie realizowane przez Asseco nie będzie trwało przez 4 lata, zgodnie z wymaganiami siwz. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie ma interesu w podnoszeniu powyższego zarzutu, albowiem w jego ofercie na str. 39 także wymienione są „produkty serwisowe” obejmujące okres 3 lat. Co więcej, w przypadku części z nich producentem jest firma IBM, tak jak w przypadku oferty Asseco Poland S.A. W razie uznania powyższego zarzutu za trafny, zamawiający przy ponownej ocenie ofert musiałby odrzucić zarówno ofertę Asseco Poland S.A., jak i ofertę odwołującego, co przesądza o braku interesu w podnoszeniu tego zarzutu. Niezależnie od powyższego, zamawiający podkreślił, że przy wykorzystaniu standardowych dwuletnich, trzyletnich, czy np. pięcioletnich produktów serwisowych producentów sprzętu i oprogramowania, wykonawcy mogą świadczyć gwarancję przez okres roku, trzech czy dziesięciu lat, w zależności od możliwości technicznych i organizacyjnych danego wykonawcy. Zamawiający nie jest uprawniony do zakwestionowania prawidłowości oświadczenia wykonawców o zapewnieniu wsparcia przez czteroletni okres wymagany w siwz.

h) Oprogramowanie firmy Cisco.

Zamawiający wskazał, że z oferty złożonej przez Asseco Poland S.A. w żaden sposób nie wynika, że sprzęt ten zawiera oprogramowanie, a tym bardziej Oprogramowanie Narzędziowe w rozumieniu przyjętym w siwz. Jeżeli nawet ww. sprzęt, zawiera oprogramowanie komputerowe, to jest to oprogramowanie wewnętrzne, wbudowane w urządzenie (firmware), a dla takiego zamawiający nie wymagał przedstawienia ani załączenia warunków licencyjnych. Odwołujący nie wskazał, jakie oprogramowanie spełniające przesłanki definicji Oprogramowania Narzędziowego miałyby wchodzić w skład sprzętu Cisco oferowanego przez Asseco Poland S.A. Nie sposób zatem zarzucić ofercie Asseco Poland S.A. sprzeczności z SIWZ w takim zakresie.

3. Zarzut dotyczący doświadczenia Głównego Analityka.

Zamawiający wyjaśnił, że działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp – w dniu 4 lutego 2011 r. dokonał wezwania Asseco Poland SA, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie Głównym Analitykiem, który brał udział w projekcie wytworzenia, wdrożenia i rozwoju oprogramowania o wartości min. 10 mln zł w roli głównego analityka, zgodnie z treścią Działu XIV pkt 4 ppkt 2.6 oświadczenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do siwz w zakresie utrzymania oprogramowania w terminie do 9 lutego 2011 r. Wykonawca złożył w dniu 8 lutego uzupełnienie załącznika ntr 8 dla osoby wskazanej na stanowisko Głównego Analityka potwierdzające spełnienie

warunku (str. 2).

4. Zarzut dotyczący braku potwierdzenia przez Asseco Poland S.A. wymaganego doświadczenia.

Zamawiający wyjaśnił, iż dostrzegł problem związany z długim trwaniem projektu i wezwał Asseco Poland S.A. do złożenia wyjaśnień, które uznał za wystarczające. Dla oceny możliwości powołania się na wykonanie określonej usługi istotna jest data jej ukończenia (czyli wykonania całości projektu). Data wykonania projektu, wskazana przez Asseco Poland SA, mieści się w limitach określonych w siwz. Ponieważ z treści załączonej referencji wynika, że prace były realizowane z należytą starannością należy uznać, że wykonawca potwierdził posiadanie wymaganego doświadczenia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego i przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817).

5. Zarzut dotyczący złożenia przez Asseco Poland S.A. certyfikatów w języku innym niż polski.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, złożenie dokumentów w języku innym niż polski bez jednoczesnego załączenia tłumaczenia tych dokumentów na język polski należy traktować na równi z niezłożeniem dokumentów lub złożeniem dokumentów zawierających błędy. Uzupełnienie dokumentów w tym zakresie dotyczy dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, nie stanowi zatem uzupełnienia treści oferty. Tym samym zamawiający miał obowiązek zastosować wobec Asseco Poland S.A. dyspozycję przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i wezwać Asseco Poland S.A. do uzupełnienia dokumentów.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, a także oryginalną dokumentację postępowania udostępnioną Izbie, Izba ustaliła, co następuje:

Zważywszy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane odwołania, nastąpiło po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz.1778) w sprawie znajdują zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Izba ustaliła, iż do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 Pzp, wykonawcy Asseco Poland S.A. w sprawach o sygnaturach akt: KIO/183/11, KIO/190/11 oraz Konsorcjum ATM w sprawach o sygnaturach akt: KIO/183/11, KIO/190/11, KIO/191/11.

Wobec niestwierdzenia przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołań, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że odwołujący Asseco Poland S.A., Sygnity S.A. oraz Wasko S.A. legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Sygn. akt KIO/183/11

Izba ustaliła i zważyła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z treści postanowienia zawartego pkt 3 Załącznika nr 3 do siwz (formularz oferty), wykonawcy w ofercie mieli zawrzeć Formularz cenowy obejmujący ceny (kwoty) częściowe przedmiotu zamówienia. Wzór Formularza cenowego został włączony do siwz jako załącznik nr 17. Z treści tego formularza wynika, że zamawiający narzucił zasady jego wypełniania, w szczególności wymagając, aby suma poszczególnych pozycji stanowiła cenę ofertową określoną w pkt 2 formularza ofertowego, a procentowy udział wynagrodzenia z tytułu realizacji poszczególnych Faz w wynagrodzeniu odpowiadał temu udziałowi wskazanemu w Załączniku nr 14 do siwz (Wzór Umowy, załącznik „Wynagrodzenie”). Z kolei w załączniku „Wynagrodzenie” określono procentowy podział płatności, które będą dokonywane w toku realizacji zamówienia. Zgodnie z tym podziałem, poszczególnym etapom przyporządkowano określone procentowe części całego wynagrodzenia wykonawcy. Z powyższych informacji wynika, iż zamawiający wymagał, aby wykonawcy zaoferowali określoną cenę, która będzie płatna za poszczególne produkty, z zachowaniem procentowego udziału wartości określonych Faz w całym wynagrodzeniu. Wykonawcy mogli zatem dowolnie określić ceny poszczególnych produktów składających się na fazę lecz byli związani procentową wartością danej fazy.

W ofercie złożonej przez Wasko S.A. w załączniku Formularz cenowy podane zostały kwoty odbiegające od wartości procentowych przypisanych przez zamawiającego do poszczególnych Faz. Strony zgodnie przyznały ten fakt w toku postępowania. Dla niektórych Faz wykonawca przyjął wartości znacznie odbiegające od proporcji ustalonych przez zamawiającego, np. dla Etapu I Fazy II zamówienia („Infrastruktura Techniczna”) wykonawca przypisał kwotę, która stanowi aż 68,03% łącznej ceny ofertowej, podczas gdy zamawiający wymagał, aby stanowiła ona 20%. Z kolei dla Etapu II Fazy IV zamówienia („Stabilizacja”) zamawiający przypisał 25% wynagrodzenia, natomiast Wasko S.A. przypisał do tej pozycji łącznie kwotę, która odpowiada jedynie 1,56% ceny oferty.

W świetle powyższego Izba uznała, że stwierdzone niezgodności treści Formularza cenowego złożonego w ofercie Wasko S.A. z wymaganiami określonymi w siwz należy uznać za niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiącą podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Niezgodności powyższe nie podlegają bowiem poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp. W ocenie Izby, nie potwierdziły się tym samym zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 2 pkt 2 oraz w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, że w przedmiotowym postępowaniu Formularz cenowy stanowi istotną część treści oferty. Jest źródłem informacji o wysokości zaoferowanej ceny, a także cenach poszczególnych produktów. Wyznacza zasady przygotowania oferty, co ma istotne znaczenie z punktu widzenia porównywalności złożonych ofert. Rozłożenie bowiem płatności w innych proporcjach za poszczególne fazy, w szczególności poprzez zwiększenie kwot w fazie początkowej, a zminimalizowanie płatności na koniec umowy, skutkuje znacznym zmniejszeniem kosztów wykonania zamówienia ponoszonych przez wykonawcę. Jak słusznie zauważył zamawiający, sposób podziału ceny oferty i w efekcie – płatności, określone przez Wasko S.A. w Formularzu cenowym skutkują obniżeniem kosztów całego przedsięwzięcia po stronie wykonawcy o blisko 500 tys. zł. Procentowy rozkład płatności określony w Formularzu cenowym jest zatem istotnym elementem realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym istotnym elementem treści oferty.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż omawiane niezgodności treści oferty z treścią siwz należy uznać za oczywiste omyłki rachunkowe lub też za inne omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, które podlegają poprawie. Należy podkreślić, że za omyłkę można uznać jedynie niezamierzone działanie wykonawcy. Jeżeli natomiast wadliwość oferty jest rezultatem świadomego działania wykonawcy, nie można niezgodności uznać za omyłkę. Przedstawienie przez odwołującego Formularza cenowego w sposób odmienny niż wygał zamawiający wynika z celowego działania, jak wyjaśnił odwołujący – miało przedstawić faktyczne koszty realizacji zamówienia.

W ocenie Izby, nieuzasadnione jest również twierdzenie odwołującego, iż treść specyfikacji w powyższym zakresie jest niejasna i niejednoznaczna, co spowodowało powstanie omyłki. Izba stwierdziła, iż treść załączników nr 17 i 14 oraz obowiązek złożenia Formularza cenowego został sformułowany zrozumiale i nie nasuwa jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Zauważyć także należy, że dokumenty powyższe zostały prawidłowo zastosowane przez zdecydowaną większość wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zważywszy, że oferta nie zawiera informacji pozwalających na dokonanie przez zamawiającego wyceny poszczególnych etapów i produktów w danych Fazach bez udziału wykonawcy, w sposób odmienny niż przedstawił je odwołujący w Formularzu, zamawiający nie ma możliwości, aby ją samodzielnie poprawić. Zamawiający nie ma żadnych podstaw w szczególności by przyjąć rozbięcie wynagrodzenia w sposób równomierny na produkty dostarczane w ramach Faz, co podnosił odwołujący. Samodzielne działanie zamawiającego za wykonawcę w tym zakresie nie znajduje podstaw w treści oferty, natomiast jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy, co do przyjęcia innych cen cząstkowych niż określone w złożonym

Formularzu cenowym, stanowiłyby niedopuszczalną istotną zmianę treści złożonej oferty co do rozplanowania kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w powiązaniu z harmonogramem.

Dodatkowo Izba wskazuje, że z samego faktu zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp lub art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania ofert, w stosunku do wykonawcy, nie można wywodzić, iż dana oferta nie podlega odrzuceniu. Rozumowanie powyższe nie znajduje żadnego oparcia w przepisach ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO/191/11

Izba ustaliła i zważyła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty zaniechania wykluczenia Konsorcjum ATM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, Izba uznała za niezasadne.

Odwołujący oparł zarzut niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wyłącznie na domniemaniu wynikającym z własnej wiedzy rynkowej o wykonanych w Polsce projektach, spełniających postawione w siwz wymagania. Odwołujący nie przedstawił zarzutu z powołaniem się na fakty dotyczące dokumentów złożonych przez wykonawcę w ofercie, wnosząc jedynie o sprawdzenie przez Izbę czy złożone dokumenty, zawarte w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa (str. 431-460 oferty) oraz w piśmie Konsorcjum ATM z dnia 12 stycznia 2011 r. potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzuty powyższe nie są uzasadnione. Wskazać należy, że formułując zarzuty, a zatem twierdząc, że dana czynność zamawiającego jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, odwołujący jest zobowiązany przedstawiać okoliczności i dowody na ich poparcie. Rozpoznając odwołanie Izba może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu w oparciu o dowody powoływane przez strony. W ocenie Izby, z faktu zatem, iż według wiedzy odwołującego w Polsce zostały wykonane tylko dwa projekty, które mogłyby zostać wykazane na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia nie sposób wywodzić, iż Konsorcjum ATM nie wykazało spełniania warunku. Jak wynika z treści siwz (Działu XIII pkt. 1) zamawiający nie ograniczył warunku co do rodzaju podmiotów, na rzecz których wykonano usługi, ani co do terytorium, na którym zostały one wykonane. Ponadto, zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, przy czym, jak wynika z treści art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Izba nie zgodziła się z poglądem odwołującego, iż potwierdzeniem posiadanego doświadczenia może być wyłącznie „raport z testów lub pisemne oświadczenie docelowego Klienta”. Dokument taki nie był wymagany w treści specyfikacji.

Odnosząc się do wniosku o powołanie biegłego z zakresu informatyki w celu zbadania, czy zamówienia wykazane przez Konsorcjum ATM spełniają wymagania Działu XIII pkt. 1.1.3. lub 1.1.4. siwz, Izba uznała wniosek za nieuzasadniony. Zgodnie z treścią art. 190 ust. 4 Pzp, biegłego można powołać w sytuacji, gdy wiadomości specjalnych wymaga ustalenie stanu faktycznego sprawy. W tym wypadku biegły został zawnioskowany do dokonania oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, co wykracza poza możliwy zakres oceny biegłego i nie wymaga posiadania wiadomości specjalnych..

Izba uznała także, że nie ma jakichkolwiek przesłanek do stwierdzenia ewentualnego złożenia przez Konsorcjum ATM nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jak również nieposiadania przez Konsorcjum ATM zasobów kadrowych niezbędnych do wykonania zamówienia. Izba zważyła, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie tych zarzutów.

Zarzuty naruszenia art. 8 i art. 96 ust. 3 Pzp, przez uznanie, że wykonawca skutecznie dokonał zastrzeżenia zawartych w ofercie informacji oraz nieudostępnienie części oferty Konsorcjum ATM zastrzeżonej jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującemu Izba uznała za spóźnione. W konsekwencji nie ma postaw także do stwierdzenia, że oferta Konsorcjum ATM podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, jako niezgodna z ustawą w związku z zastrzeżeniem w ofercie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba zważyła, że zagwarantowana w ustawie Pzp zasada jawności postępowania jest jedną z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątkiem od tej zasady jest zastrzeżenie przez wykonawców informacji zawartych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Aby zasada jawności postępowania nie została naruszona zamawiający jest zobowiązany do zbadania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, działanie to powinno zostać podjęte niezwłocznie po otwarciu ofert. Badanie skuteczności zastrzeżenia nie musi co do zasady wiązać się z wystąpieniem do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, aczkolwiek jest to działanie ze wszech miar uzasadnione. W ocenie Izby zatem termin do wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofercie informacji powinien być liczony od momentu podjęcia przez zamawiającego decyzji odnośnie skuteczności dokonanego zastrzeżenia. W praktyce zwykle będzie to termin najbliższy po uzyskaniu przez zamawiającego od wykonawcy wyjaśnień co do zasadności zastrzeżenia.

W analizowanym postępowaniu zamawiający uzyskał wyjaśnienia Konsorcjum ATM odnośnie zastrzeżenia informacji w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa w dniu 12 stycznia 2011 r. (w wyniku wezwania z dnia 21 grudnia 2011 r.), a zatem w ocenie Izby od tej daty należy liczyć termin do wniesienia odwołania wobec nieudostępnienia w sposób jawny ww. informacji, a tym samym - wobec zaniechania odtajnienia zastrzeżonych informacji. Nie sposób uznać, że termin ten powinien być liczony od daty złożenia stosownego wniosku wykonawcy o odtajnienie, podczas gdy z faktem, iż zamawiający uznał zastrzeżenie za skuteczne, wykonawca mógł powziąć informację już wcześniej przy zachowaniu należytej staranności. Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że odwołanie wniesione w dniu 31 stycznia 2011 r. w zakresie omawianego zarzutu zostało wniesione po upływie ustawowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Zarzuty dotyczące odmowy udostępnienia odwołującemu jawnej części dokumentacji postępowania nie były rozpoznawane przez Izbę z uwagi na niepodtrzymanie tych zarzutów przez odwołującego w toku rozprawy.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ATM pomimo, że nie wniosło wadium w sposób wymagany przez zamawiającego, w ocenie Izby, nie potwierdził się.

Izba uznała, wbrew twierdzeniom odwołującego, że warunek przekazania żądania zapłaty przez bank prowadzący rachunek zamawiającego, nie stanowi utrudnienia w skorzystaniu przez zamawiającego z uprawnień przysługujących z tytułu gwarancji wadialnej. Zawarcie w treści dokumentu gwarancji bankowej zapisu, iż zapłata nastąpi w przypadku przekazania żądania zapłaty przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta – stanowi jedynie wymóg formalny, który jest dość powszechnie stosowany w praktyce. Powyższe zastrzeżenie nie zmienia charakteru gwarancji złożonej przez Konsorcjum ATM jako „gwarancji bezwarunkowej” wymaganej przez zamawiającego.

Izba uznała także za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ATM z powodu niewykazania spełnienia warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 20 mln zł. Nie budzi wątpliwości, w ocenie Izby, fakt, iż przedstawiona przez Konsorcjum ATM opinia bankowa BRE Bank S.A. z 21 września 2010 r. stanowi potwierdzenie posiadania przez Konsorcjum ATM wymaganej zdolności kredytowej. Izba zważyła, że zdolność kredytowa to potencjalna możliwość uzyskania kredytu, określana w oparciu o ustalone przez bank kryteria. Jak wskazał sam odwołujący, powołując się na doktrynę, zdolność kredytowa to prognoza granicząca z pewnością, że kredytobiorca w całym okresie, na jaki umowa kredytu została zawarta, będzie w stanie sprostać obowiązkowi dokonywania spłat, a z upływem tego okresu będzie mógł zwrócić kredyt i uregulować należności uboczne. Konieczność spełnienia dodatkowych wymagań związanych m.in. z zabezpieczeniem kredytu (wskazanie „po

spełnieniu wymogów związanych z jego udzieleniem i zabezpieczeniem") jest natomiast wymaganiem na etapie podejmowania przez bank konkretnej decyzji o udzieleniu kredytu, oczywiście po spełnieniu również wielu innych formalności.

Biorąc pod uwagę powyższe, Konsorcjum ATM nie podlega wykluczeniu z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku zdolności finansowej.

Wobec ustalenia, iż zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Konsorcjum ATM są niezasadne nie ma podstaw do wzywania wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w rt. 25 ust. 1 Pzp w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła także naruszenia przepisów art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp.

Sygn. akt KIO/190/11

Izba ustaliła i zważyła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty wobec oferty Konsorcjum ATM:

1. Zarzut niedostępności odwołującemu części oferty Konsorcjum ATM zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa i naruszenia tym samym art. 8 ust. 3 Pzp został podniesiony po terminie.

Izba wskazuje, że w odniesieniu do powyższego zarzutu pełną aktualność zachowuje uzasadnienie przedstawione przez Izbę wobec zarzutu podniesionego w odwołaniu, złożonym przez Asseco Poland S.A. (sygn. akt KIO/191/11) powyżej. Z uwagi na powyższe Izba odstąpiła od powtórzenia przywołanej wcześniej argumentacji.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ATM z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut dotyczący niezłożenia przez Konsorcjum ATM wymaganych dokumentów - oświadczenia o wielkości zatrudnienia dla uczestnika konsorcjum - Innovation Technology Group S.A..należało uznać za niezasadny.

Izba stwierdziła, że przedstawienie oświadczenia o wielkości zatrudnienia jedynie dla części podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie jest wystarczające w przedmiotowym postępowaniu dla potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego wymaganej wielkości zatrudnienia. Zgodnie z pkt 4 ppkt 2.10 siwz należało złożyć oświadczenie o wielkości zatrudnienia, zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 7 do siwz, potwierdzające wielkość średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – na poziomie 100 pracowników. Wykonawca składając stosowne oświadczenie potwierdził spełnianie ww. warunku.

Zarzut dotyczący niezłożenia przez Konsorcjum ATM wymaganych certyfikatów w języku polskim także nie potwierdził się.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, złożenie dokumentów w języku obcym bez załączenia tłumaczenia tych dokumentów na język polski należy traktować na równi z niezłożeniem dokumentów lub złożeniem dokumentów zawierających błędy. Tym samym zamawiający miał obowiązek zastosować wobec Konsorcjum ATM dyspozycję przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i wezwać Konsorcjum ATM do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca uzupełnił wymagane dokumenty w terminie określonym przez zamawiającego.

Za bezprzedmiotowy Izba uznała zarzut, dotyczący nieprzedstawienia przez Konsorcjum ATM dokumentów, potwierdzających zaistnienie zmian rejestrowych związanych z przekształceniami spółki, w odniesieniu do jednego z uczestników konsorcjum - ATM Systemy Informatyczne sp. z o. o., a zamawiający nie wezwał Konsorcjum do wyjaśnień. W szczególności odwołujący nie wykazał, aby zamawiający w powyższym zakresie naruszył przepisy ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący niewykazania przez Konsorcjum ATM spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobą Głównego Architekta, posiadającego wymagane doświadczenie, nie znalazł potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym.

Izba stwierdziła, że z żadnego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, aby wymagany w treści warunku projekt, w którym brał udział Główny Architekt, miał spełniać jakiegokolwiek szczególne warunki, poza opisanymi w pkt. 1.2.2. Działu XIII siwz - projekt wytworzenia, wdrożenia i rozwoju oprogramowania, o wartości co najmniej 10 mln PLN netto. Konsorcjum ATM potwierdziło dysponowanie Głównym Architektem, posiadającym wymagane doświadczenie w wymaganym zakresie.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut dotyczący niewłaściwego oszacowania przez Konsorcjum ATM ceny złożonej oferty.

Zauważyć należy, że zamawiający może badać i oceniać ofertę wyłącznie na podstawie przepisów ustawy Pzp oraz wymagań i kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie jest, wobec powyższego, uprawniony do badania, czy cena wskazana w ofercie została przez danego wykonawcę „należycie” ukształtowana. Biorąc pod uwagę, iż odwołujący nie wskazał konkretnych okoliczności dotyczących zaniżenia ceny oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, a zaoferowana przez Konsorcjum ATM cena stanowi około 91% średniej ceny spośród wszystkich złożonych ofert, Izba stwierdziła, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do wzywania Konsorcjum ATM do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów, iż Konsorcjum ATM nie złożyło wymaganych dokumentów Izba nie stwierdziła podstaw do postawienia zamawiającemu zarzutu dotyczącego zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba nie znalazła podstaw by uznać, że zamawiający w powyższym zakresie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzuty podniesione wobec oferty Asseco Poland S.A.:

Zarzut dotyczący nienależytego ukształtowania ceny oferty przez Asseco Poland S.A. Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wywodził, że nienależyte ukształtowanie ceny oferty jest wynikiem zaoferowania przedmiotu zamówienia nieodpowiadającego wymaganiom siwz, opierając swoje twierdzenia na przypuszczeniach i podejrzeniach co do zaistnienia wskazywanych okoliczności. Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnych dowodów w tym zakresie.

Izba zauważyła, że podejrzenia i przypuszczenia odwołującego nie uzasadniają postawienia zarzutu. Są to jedynie wątpliwości wyrażone przez odwołującego, wskazujące w istocie, że odwołujący nie dysponuje dowodami na ich poparcie. Wskazać należy, że zamawiający nie jest uprawniony do badania, czy cena oferty została ukształtowana „należycie”, zwłaszcza wówczas gdy brak jest jakichkolwiek wątpliwości co do faktu, iż wykonawca nie zawarł w ofercie ceny rażąco niskiej. Zamawiający jest zobowiązany bowiem do badania m.in., czy oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp. Zważywszy zatem, że odwołujący nie przedstawił dowodów, a zaoferowana przez Asseco Poland S.A. cena stanowi około 101% średniej ceny spośród wszystkich złożonych ofert, brak jest jakichkolwiek podstaw do wezwania Asseco Poland S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a tym bardziej odrzucenia oferty.

W ocenie Izby, nieuzasadnione są zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty Asseco Poland S.A. z treścią siwz i zaniechania odrzucenia oferty Asseco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił szereg braków dotyczących opisu rozwiązania technicznego zaoferowanego przez Asseco Poland S.A. Izba jednak nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż „oferta złożona przez Asseco nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ”. Podniesione zarzuty w tym zakresie zostały oparte jedynie na hipotetycznej sprzeczności treści oferty z wymaganiami zamawiającego, co nie znajduje faktycznie potwierdzenia. Z treści siwz nie wynika bowiem, by ze schematu, listy produktów, czy wymaganego „dokładnego opisu rozwiązania technicznego” wynikała konieczność szczegółowego potwierdzenia spełnienia wszystkich wymagań technicznych, określonych w opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do siwz). Podkreślić należy, że zamawiający w Załączniku nr 1 do siwz wskazał (str. 4), iż w Załączniku nr 3 do oferty wymaga zdefiniowania oraz opisu sposobu wypełnienia wymagań Infrastruktury Sprzętowej i Oprogramowania Narzędziowego, poprzez:

1. wskazanie nazwy i dokładnych modeli oferowanego rozwiązania sprzętowego (wraz ze wszystkimi podzespołami) z podaniem numerów katalogowych sprzętu, ich liczby i nazwy producenta,
2. dokładne opisanie sposobu spełnienia wymagań pkt 1 w zakresie Infrastruktury Sprzętowej, w szczególności z podaniem szczegółowej konfiguracji oferowanego rozwiązania, jego wyposażenia, liczby procesorów, pamięci oraz wszelkich pozostałych podzespołów.
3. przygotowanie dokładnego schematu technicznego proponowanego rozwiązania,
4. przedstawienie listy Oprogramowania Narzędziowego wykorzystywanego w proponowanym rozwiązaniu informatycznym wraz ze wskazaniem nazwy producenta oraz nazwy oprogramowania i jego wersji,
5. przedstawienie warunków licencji na Oprogramowanie Narzędziowe, które będą włączone jako załącznik do umowy.

W świetle powyższego, nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia twierdzenia odwołującego, iż oferta Asseco Poland S.A. nie zawiera:

- opisu serwera aplikacyjnego – gdyż na str. 15 oferty wprost stwierdzono, że rozwiązanie będzie wykorzystywało oprogramowanie wymaganej klasy, co także przyznał odwołujący na rozprawie, a ponadto, zamawiający w żadnym miejscu siwz nie wymagał dokładnego opisu serwera aplikacyjnego,
- opisu szyny integracyjnej – gdyż z treści siwz nie wynika obowiązek opisanie szyny integracyjnej, natomiast ze schematu przedstawionego w ofercie (str. 25) wynika, że szyna danych będzie wchodzić w skład oferowanego rozwiązania,
- zaoferowania load balancingu, zabezpieczenia ciągłości danych – gdyż szczegółowe opisanie sposobu zapewnienia poszczególnych funkcjonalności, w tym zapewnienia load balancingu i zabezpieczenia ciągłości danych, nie było wymagane w siwz.
- oprogramowania szyny i serwera aplikacji klasy Enterprise – gdyż zamawiający nie zdefiniował pojęcia „klasa enterprise” w siwz. Jak przyznał odwołujący, na rynku informatycznym to pojęcie nie jest zdefiniowane. W tych okolicznościach zamawiający nie ma podstaw, aby zawężając interpretację ww. pojęcia nie dopuścić jakichkolwiek rozwiązań, które mieszczą się w przyjętym przez zamawiającego szerokim rozumieniu, przyjętym na potrzeby oceny ofert, że pojęcie to dotyczy produktów nie przeznaczonych dla osób fizycznych.
- optymalnego rozwiązania technologicznego z powodu zastosowania licencji Microsoft – gdyż zamawiający jest uprawniony weryfikować treść oferty wyłącznie w odniesieniu do wymagań wprost wyrażonych w siwz i w takim tylko zakresie może oceniać treść złożonych w ofercie dokumentów.
- szczegółowego schematu technicznego – gdyż zamawiający wymagał przedłożenia w ofercie „dokładnego schematu technicznego proponowanego rozwiązania”, przy czym pojęcie to nie zostało sprecyzowane w treści specyfikacji. Zamawiający nie określił zwłaszcza wymaganego

poziomu szczegółowości. W ocenie Izby, nie jest uzasadnione zawężające intepretowanie na etapie oceny ofert wymogu, który nie został jednoznacznie określony w siwz. Jak słusznie zauważył zamawiający, w szczególności niedopuszczalne jest przykładanie do ofert złożonych w postępowaniu wzorca wypracowanego na podstawie treści jednej z nich. Nie ma żadnych podstaw, by uznać, że schemat zawarty w ofercie Asseco Poland S.A. jest niewystarczająco precyzyjny w stosunku do wymagania zawartego w siwz. Zauważyć należy, że wykonawca potwierdził w ofercie akceptację wszystkich wymagań siwz.

Zarzut braku potwierdzenia zaoferowania wymaganego czasu trwania serwisu producenta Izba także uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią siwz zamawiający określił warunki gwarancji, w tym termin gwarancji - we wzorze umowy w pkt 19. Zgodnie z tymi postanowieniami, wykonawca jest zobowiązany udzielić gwarancji na System Aplikacyjny na okres 48 miesięcy.

Skoro zamawiający nie wymagał złożenia odrębnego oświadczenia co do spełnienia warunków gwarancji, należy uznać, że potwierdzenie to nastąpiło przez akceptację wymagań siwz i wzoru umowy. Zauważyć również trzeba, że zamawiający wymagał gwarancji wykonawcy, a wobec tego terminy gwarancji producenta nie mogą dowodzić sprzeczności treści oferty w powyższym zakresie. Przy wykorzystaniu standardowych produktów serwisowych producentów sprzętu i oprogramowania, wykonawcy mogą świadczyć gwarancję przez okres dowolnie przez nich określony.

Odnosnie nieprzedłożenia licencji na oprogramowanie systemu telekomunikacyjnego Cisco Izba stwierdziła, że z treści oferty nie wynika, iż zaoferowany system zawiera oprogramowanie narzędziowe w rozumieniu przyjętym w siwz (definicja zawarta we wzorze umowy), co zobowiązywałoby wykonawcę do przedstawienia licencji. Wskazane przez odwołującego oprogramowanie jest oprogramowaniem wewnętrznym, wbudowanym w urządzenie. Odwołujący w żadnym stopniu nie udowodnił, iż jest to oprogramowanie narzędziowe.

Izba uznała, że zarzut dotyczący braku wykazania na etapie oceny ofert przez Asseco Poland S.A. wymaganego doświadczenia osoby Głównego Analityka potwierdził się, z zastrzeżeniem, że wykonawca powinien zostać wezwany do uzupełnienia wykazu osób w powyższym zakresie.

Zamawiający przyznał, że popełnił błąd uznając, że Asseco Poland S.A. potwierdziła posiadanie wymaganego doświadczenia przez osobę Głównego Analityka. Wykonawca nie był jednak wzywany do uzupełnienia dokumentów w omawianym zakresie, a wobec tego zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawcę w dniu 4 lutego 2011 r. do uzupełnienia wykazu osób. Stosowne uzupełnienie zostało złożone przez wykonawcę w dniu 8 lutego 2011 r.

Izba uznała wobec powyższego, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania Asseco do uzupełnienia wykazu osób w omawianym zakresie, odnosząc się do stanu według dokonanej oceny ofert. Działanie zamawiającego nie może być

uznane za prawidłowe z punktu widzenia procedury postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zawsze może dokonać czynności w postępowaniu, w tym także mających na celu poprawienie błędnej oceny ofert, jednak powinien wcześniej uniważyć czynność, którą uznał za nieprawidłową. W omawianym przypadku zamawiający dokonał natomiast wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów przy nadal obowiązującej decyzji w zakresie oceny ofert z dnia 20 stycznia 2011 r.

Po analizie stwierdzonego powyżej naruszenia Izba uznała, że naruszenie to nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, co stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, oznacza, że nie zachodzi przesłanka do uwzględnienia odwołania.

Zarzut dotyczący niewykazania potwierdzenia spełnienia warunku doświadczenia w zakresie projektu zrealizowanego na rzecz ZUS został przez odwołującego cofnięty w toku rozprawy, a zatem nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Zarzut dotyczący niewykazania potwierdzenia spełnienia wymagań w zakresie złożenia przez Asseco Poland S.A. certyfikatów w języku polskim, nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że złożenie dokumentów w języku obcym, bez jednoczesnego załączenia tłumaczenia na język polski należy uznać za równoznaczne z niezłożeniem dokumentów lub złożeniem dokumentów zawierających błędy, które podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Tym samym zamawiający miał obowiązek wezwać Asseco Poland S.A. do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższe dokumenty zostały przez wykonawcę uzupełnione w wymaganym terminie.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, przez niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę ustalony stan rzeczy, Izba oddaliła rozpoznawane łącznie odwołania, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 i § 6 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

. Przewodniczący:

Członkowie:

.....