

Sygn. akt: KIO 2572/13

WYROK
z dnia 18 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2013 r. przez: wykonawcę **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-567 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11**,

przy udziale wykonawcy **S&T Services Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21D**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Maxto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A., 31-421 Kraków, ul. Reduta 5**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21,** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Odwołującego – **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21,** na rzecz Zamawiającego - **Skarbu Państwa – Ministerstwa Sprawiedliwości, 00-567 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11,** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „wdrożenie workflow”.

W dniu 25 października 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Maxto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w Krakowie [dalej także, jako „Maxto”].

Wobec powyższego w dniu 4 listopada 2013 r., odwołanie złożył wykonawca Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie [dalej także, jako „Unizeto”] zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej także jako „Pzp”:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 8 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Maxto w związku z wezwaniem Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2013 roku do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 8 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej także, jako „S&T”] w związku z wezwaniem Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2013 do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Maxto z uwagi na założenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w zakresie „Wykazu wykonanych głównych usług”;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Maxto, jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę S&T, jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 7) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Maxto do uzupełnienia oferty w zakresie „Wykazu głównych usług”, alternatywnie naruszenie art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechania wezwania wykonawcy Maxto do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie „Wykazu głównych usług”;
- 8) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylenia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Maxto;
- 2) udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Maxto i wykonawcę S&T w związku z wezwaniem Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2013 do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Maxto z postępowania w związku z okolicznością złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie „Wykazu wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług”;
- 5) odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp ofert: wykonawcy Maxto oraz wykonawcy S&T, gdyż :
 - a) zawierają rażąco niską cenę;
 - b) ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 6) w przypadku nieuwzględnienia żądań określonych w pkt 4 i 5 nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Maxto do uzupełnienia oferty w zakresie „Wykazu wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług”, alternatywnie wezwania wykonawcy Maxto do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie „Wykazu wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług”;
- 7) dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż dwukrotnie skierował do Zamawiającego wnioski o udostępnienie złożonych przez wykonawców Maxto oraz S&T wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanych przez nich cen. Odwołujący wskazywał, iż odmowa udostępnienia przedmiotowych wyjaśnień, stanowi rażąco naruszenie przepisów dotyczących jawności postępowania. W ocenie odwołującego przyjęcie przez zamawiającego wniosku, iż wyjaśnienia te podlegają ochronie z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa, powoduje poważne ograniczenie ustawowego prawa do ochrony interesu Odwołującego. Odwołujący wskazywał, iż pozbawiony jest bezpodstawnie pełnej wiedzy dotyczącej wykonawców Maxto i S&T w zakresie złożonych cen, co pozbawia go również możliwości przedstawienia wyczerpującej argumentacji w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp stanowiąc w efekcie naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp. Zdaniem odwołującego działania Zamawiającego polegające na zastrzeżeniu wyjaśnień złożonych przez w/w wykonawców stanowi naruszenie podstawowych i fundamentalnych zasad Prawa zamówień publicznych. Odwołujący podnosił, iż każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia. Tym samym w ocenie odwołującego zaniechanie odtajnienia wyjaśnień uniemożliwia mu ocenę, czy wykonawcy Maxto i S&T nie zaoferowali rażąco niskiej ceny.

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Maxto z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji odwołujący podnosił, iż wskazywane przez tego wykonawcę usługi referencyjne wykonane na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie oraz Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podkreślał, iż zamawiający oczekiwał doświadczenia wykonawców w wykonywaniu systemów elektronicznego obiegu dokumentów posiadających konkretną cechę, tj. system, który będzie pracował w oparciu o silnik workflow. Wedle wiedzy odwołującego przedstawione przez wykonawcę usługi nie spełniają tego warunku. Odwołujący wskazywał, iż w załączniku nr 1 do SIWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał zakres pojęciowy użytych terminów, który zdaniem Odwołującego winien być przyjęty, jako podstawa do oceny pojęć przyjętych przez Zamawiającego w opisywaniu warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w załączniku nr 1 w pkt 3.2. na str. 11 wskazał, że: „(...) 2. Silnik procesów biznesowych musi zapewniać poniższe funkcjonalności:

- a. wykonywanie procesów natychmiastowych i odroczonego,
- b. obsługę pojawiających się w czasie wykonania wyjątków,
- c. utrzymywanie różnych wersji procesu biznesowego,

- d. implementację nowych wersji procesów biznesowych bez przerywania wykonywanych procesów,
- e. kompensację procesów długotrwałych i pełną transakcyjność procesów krótkotrwałych.
(...)”

Zdaniem Odwołującego wyżej wymienione elementy pozwalają na zdefiniowane przynajmniej w minimalnym zakresie, koniecznym dla oceny czy wskazane przez wykonawcę Maxto usługi wykonane dla Sądu Apelacyjnego w Krakowie i dla Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, spełniają wymóg postawiony w SIWZ. Odwołujący podnosił również, iż wdrożenia wskazane przez wykonawcę Maxto, nie obejmowały zdefiniowania w sposób strukturalny procesów na dzień zakończenia wdrożenia, a tym samym nie dokonano implementacji w oparciu o silnik workflow, ich customizacji oraz uruchomienia. Procesy takie nie zostały również zdefiniowane przez Zamawiającego przed dokonaniem wdrożenia ani w jego trakcie. Tym samym obsługa zdarzeń, dokumentów i sposób pracy jest dowolny, bez jakichkolwiek kryteriów i przesłanek o istniejącym automacie wspierającym workflow, co jest charakterystyczne dla typowego systemu elektronicznego obiegu dokumentu. Mając na względzie powyższe, zdaniem Odwołującego, istnieje podstawa, aby stwierdzić, że oprogramowanie wskazane przez wykonawcę Maxto, nie posiada „fizycznie” silnika workflow i jest jedynie systemem elektronicznego obiegu dokumentu, więc tym samym nie spełnia wymagań stawianych systemowi przez Zamawiającego.

W przypadku wskazanej przez wykonawcę usługi, w pkt 3 „Wykazu wykonanych głównych usług”, wykonanej dla Powiatu Częstochowskiego, Odwołujący stwierdził, że wedle wiedzy, którą posiada wykazana usługa nie spełnia parametrów określonych przez Zamawiającego w pkt 6.1.2.3. SIWZ, tj. dziennego wolumenu danych przetwarzanych w systemie, wykorzystujących automatyzację priorytetyzacji i wymuszanie przydziału zadań umożliwiające monitorowanie stanu wykonalności procesów. Powyższe okoliczności zdaniem odwołującego potwierdzają, że wykonawca Maxto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Maxto oraz S&T, jako zawierających rażąco niską cenę odwołujący wskazywał, że z analizy cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynika, że ceny ofert w/w wykonawców znacząco odbiegają od kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia oraz cen zaproponowanych przez innych wykonawców. Odwołujący wskazywał, że cena oferty wykonawcy Maxto stanowi, 20,53% wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, natomiast cena oferty wykonawcy S&T to 21,28 % wartości zamówienia. Zdaniem Odwołującego ceny zaoferowane przez w/w wykonawców są nierealistyczne i

skalkulowane zostały w sposób uniemożliwiający bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zamówienia. Cena zaoferowana przez ww. wykonawców, znacznie odbiega od wartości, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia tj. cena oferty najkorzystniejszej jest pięciokrotnie niższa od wartości, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Odwołujący podnosił, że kalkulacja ceny oferty wybranego wykonawcy została sporządzona niesolidnie i nie zawiera realnych kosztów należytego wykonania zamówienia. Odwołujący wskazywał, że prawidłowa wycena oferty wymagała uwzględnienia w minimalnym zakresie następujących czynników cenotwórczych:

- 1) kosztów osobowych,
- 2) kosztów licencji i przeniesienia praw autorskich,
- 3) pozostałych kosztów wykonania zamówienia (m.in. kosztów szkolenia dla 900 osób, kosztów gwarancji, usługi helpdesk, ryzyko).

Dodatkowo odwołujący wskazywał również, iż obowiązkiem wykonawców Maxto i S&T było wskazanie w swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wszystkich istotnych elementów projektu i podać sposób ich wykonania oraz kalkulację ceny dla podanego zakresu i sposobu realizacji. Poleganie w tym zakresie wyłącznie na oświadczeniu wykonawców mogło spowodować, że wyjaśnienia wykonawców Maxto i S&T nie są należyście szczegółowe, mogą pomijać ważne elementy składowe przedmiotu zamówienia lub wskazywać na nieuwzględnienie wszystkich okoliczności, które na te elementy składowe wpływają lub wskazują, że zaproponowana cena ma charakter ceny dumpingowej, tj. poniżej ceny wykonania. Tym samym w ocenie odwołującego zaoferowane przez w/w wykonawców ceny za realizację zamówienia, jako rażąco niskie stanowią de facto sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu konkurencji.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania przez zamawiającego wykonawcy Maxto do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty odwołujący podnosił, iż podana przez tego wykonawcę informacja dotycząca usługi wykonanej na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie nie spełnia wymogu zamawiającego, czyli podania daty wykonania zamówienia (dzień, miesiąc, rok).

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „wdrożenie workflow”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 czerwca 2013 r., pod numerem 2013/S 111-189807.

Wartość zamówienia oszacowana została na kwotę 5.778.890,55 zł brutto.

Zgodnie z postanowieniami pkt 6.1.2. SIWZ w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji:

- 1) „co najmniej jedną usługę (zamówienie/zlecenie), (która może składać się z kilku umów), której przedmiotem było co najmniej zaprojektowanie, wykonanie i pełne wdrożenie (rozumiane jako instalacja, konfiguracja, parametryzacja, customizacja, uruchomienie i oddanie do użytkowania) systemu informatycznego obejmującego zakresem elektroniczny obieg dokumentów (rozumiany jako system używający silnika workflow) obsługujący minimum 100 odrębnych jednostek oraz jednocześnie minimum 90 różnych procesów biznesowych rozumianych zgodnie z PN-ENISO 9000:2006 pkt 3.4.1.;
- 2) co najmniej jedną usługę (zamówienie/zlecenie), (która może składać się z kilku umów), której przedmiotem było, co najmniej zaprojektowanie, wykonanie i pełne wdrożenie (rozumiane, jako instalacja, konfiguracja, parametryzacja, customizacja, uruchomienie i oddanie do użytkowania) systemu informatycznego obejmującego zakresem elektroniczny obieg dokumentów (rozumiany, jako system używający silnika workflow) obsługujący minimum 2 500 użytkowników końcowych;
- 3) co najmniej jedną usługę (zamówienie/zlecenie), (która może składać się z kilku umów), której przedmiotem było, co najmniej zaprojektowanie, wykonanie i pełne wdrożenie (rozumiane, jako instalacja, konfiguracja, parametryzacja, customizacja, uruchomienie i oddanie do użytkowania) systemu informatycznego obejmującego zakresem elektroniczny obieg dokumentów (rozumiany, jako system używający silnika workflow), przy dziennym wolumenie nie mniejszym niż 800 nowych zadań, wykorzystujący automatyzację priorytetyzacji i wymuszanie przydziału zadań oraz umożliwiający monitorowanie stanu wykonalności procesów, obsługujący minimum 500 użytkowników końcowych.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Nextira One Polska Sp. z o.o. - 4.008.885,75 zł brutto;
- 2) MAXTO - 1.186.150,50 zł brutto;
- 3) Matic Sp. z o.o. - 4.487.655,00 zł brutto;
- 4) Espeo Software Sp. z o.o. - 4.920.000,00 zł brutto;
- 5) Comarch Polska SA - 4.559.431,39 zł brutto;
- 6) S&T - 1.229.999,73 zł brutto;

- 7) Unizeto - 2.919.587,00 zł brutto;
- 8) Konsorcjum: Exatel SA i Engave Sp. z o.o. - 4.305.000,00 zł brutto;
- 9) Sygnity S.A. - 5275.593,00 zł brutto;
- 10) Atos IT Services Sp. z o.o. - 5.223.810,00 zł brutto;
- 11) Asseco Poland S.A. - 4.563.300,00 zł brutto;
- 12) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. - 4.059.000,00 zł brutto;
- 13) Konsorcjum: Integrated Solutions Sp. z o. o. i Telekomunikacja Polska S.A. - 5.505.240,00 zł brutto;
- 14) Konsorcjum: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. i SMT Software Sp. z o.o. - 5.934.758,36 zł brutto.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca MAXTO na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia powołał się na usługi realizowane na rzecz:

- 1) Sądu Apelacyjnego w Krakowie – data wykonania usługi – październik 2010 do grudnia 2012,
- 2) Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu – data zakończenia usługi – 12.07.2013,
- 3) Powiatu Częstochowskiego – data zakończenia usługi 20.09.2011.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2013 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawców S&T, Maxto oraz Unizeto o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy złożone oferty zawierają rażąco niskie ceny. W wyznaczonym terminie wszyscy trzej wykonawcy złożyli wyjaśnienia. Jednocześnie każdy z tych wykonawców zastrzegł złożone wyjaśnienia, jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżenia te zostały uznane za zasadne.

Pismem z dnia 25 października 2013 r., Zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Maxto.

Powyższa czynność Zamawiającego leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 5 listopada 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili: wykonawca Maxto, oraz S&T stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców Maxto jak i S&T, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Należy wskazać, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp doznaje ograniczenia. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Aby można było uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 4 przywołanej ustawy, musi ona być informacją nieujawnioną do wiadomości publicznej informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą, co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania jej poufności. Niewątpliwie w przedmiotowej sprawie zarówno wykonawca Maxto, jak i wykonawca S&T, składając wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny zastrzegli je, jako tajemnice przedsiębiorstwa. W ocenie Izby zastrzeżenia te należy uznać za uprawnione. Bezsprzecznie zawierają one informacje o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym jak i posiadają istotną wartość gospodarczą. Przeciwnie stanowisko nie znajduje, żadnego uzasadnienia. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że informacje zastrzeżone przez wykonawców Maxto i S&T nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stanowiska Odwołującego, iż zastrzeżenie

wyjaśnień było nieuprawnione nie może potwierdzać podnoszona przez niego niemożność kwestionowania tychże wyjaśnień w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny. Fakt, że Odwołujący pozbawiony jest dostępu do informacji dotyczących sposobu kalkulacji cen, elementów ofert mających wpływ na wysokość tych cen nie przesądza zdaniem Izby w żaden sposób o tym, iż nie są to informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż Odwołujący także zastrzegł złożone przez siebie wyjaśnienia uznając je za tajemnicę przedsiębiorstwa, choć w swej konstrukcji jak i zakresie zawartych tam informacji są one zbieżne z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawców Maxto i S&T. Tym samym przyjęcie, iż wyjaśnienia wykonawców Maxto i S&T nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wobec uznania za takie informacje wyjaśnień Odwołującego prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców. Reasumując, wobec braku wykazania przez Odwołującego, iż zastrzeżone wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przedmiotowe zarzuty należało oddalić.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Maxto z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Nie znalazły potwierdzenia argumenty Odwołującego, iż w „Wykazie wykonanych głównych usług” wykonawca zawarł nieprawdziwe informacje. Za wyjątkiem twierdzeń Odwołującego, brak jest jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby, iż usługi referencyjne wykonane na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie oraz Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, które wskazał wykonawca Maxto nie odpowiadają warunkom udziału w postępowaniu opisanym w pkt 6.1.2.1 jak i pkt 6.1.2.2. SIWZ. Nie potwierdziło się stanowisko Odwołującego, iż systemy wdrożone w w/w Sądach Apelacyjnych nie były systemami używającymi silnika workflow. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby tezę, że oprogramowanie wskazane przez wykonawcę Maxto nie posiada „fizycznie” silnika workflow, jest jedynie systemem obiegu dokumentów, więc tym samym nie spełnia wymagań stawianych systemowi przez zamawiającego. Przeciwnie stanowisko prezentowane zarówno przez Zamawiającego jak i Przystępującego Maxto znalazło potwierdzenie w przedłożonym na rozprawie dokumencie z dnia 14.10.2013 r., wystawionym przez Kierownika Oddziału Informatycznego Sądu Apelacyjnego w Krakowie, który stwierdził m.in., że „(...) oprogramowanie SmartDOC posiada silnik workflow, który jest aktualnie wdrażany w sądach obszaru apelacji krakowskiej”. Odnośnie usługi wymienionej przez wykonawcę Maxto w pozycji 3 Wykazu, stanowisko Odwołującego również nie zostało poparte żadnymi dowodami. Poza twierdzeniami Odwołującego, iż „(...) wykonawca Maxto

wykazał, że dzienny wolumen danych przetwarzanych w systemie wdrożonym w Powiecie Częstochowskim wynosi ponad 800, co nie odpowiada stanowi faktycznemu”, nie przedstawił on żadnych dowodów, które potwierdzałyby zasadność takiego stanowiska. Izba wzięła natomiast pod uwagę stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego Maxto, poparte dokumentem wystawionym przez Starostę Powiatu Częstochowskiego, z którego wynika, że „(...) z systemu [wskazanego przez wykonawcę Maxto w poz. 3 Wykazu] korzysta Starostwo Powiatowe oraz 15 gmin w sumie ponad 500 użytkowników, a w samym Starostwie Powiatowym wykonuje się ponad 1800 operacji w systemie dziennie.” Tym samym nie sposób uznać, iż przedstawione przez wykonawcę usługi referencyjne nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu i że przedłożenie wykazu zawierającego w/w usługi stanowiłoby złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Mając na względzie powyższe za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp oraz alternatywnie art. 87 ust. 1 Pzp gdyż w przedmiotowej sprawie nie zaistniały okoliczności uzasadniające wezwanie wykonawcy Maxto czy to do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia czy też do złożenia wyjaśnień treści złożonej przez niego oferty.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Maxto oraz S&T jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Bezsparnie w/w wykonawcy jak i Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedłożyli wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, które to wyjaśnienia zostały przez każdego z wykonawców zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uwzględniając treść wyjaśnień złożonych przez wykonawców Maxto i S&T, w ocenie Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby brak jest argumentów na to, iż Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień. Nie naruszając tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, iż:

- 1) wykonawca Maxto przedstawił m.in. szczegółową kalkulację najważniejszych elementów zamówienia z podaniem cen oraz z uwzględnieniem czynników wpływających na zaproponowaną cenę w odniesieniu do każdego z elementów, szczegółową kalkulację dotyczącą kosztów związanych z realizacją szkoleń, czy też kosztów świadczonej gwarancji na całość rozwiązania oraz zapewnienia serwisu gwarancyjnego i helpdesku dostępnego 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku,

- 2) wykonawca S&T przedstawił m.in. kalkulację obejmującą poszczególne elementy wchodzące w zakres zamówienia, podając wartość poszczególnych elementów, wskazując także zakres czynników cenotwórczych, który wpłynęły na cenę danego elementu. Składowe ceny zaoferowanej w ofercie przedstawione zostały z uwzględnieniem ryzyk i przewidywanego zysku. Odrębnie wyceniono marżę i ryzyko, uwzględniając w szczególności odpowiedzialność kontraktową i kary umowne, stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia oraz niezbędne zasoby kadrowe.

Mając na względzie szczegółowość złożonych wyjaśnień, zawarte w nich obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaproponowanych cen, sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla tych wykonawców, ale też wybrane rozwiązania brak jest podstaw do uznania, iż oferty wykonawców Maxto i S&T zawierają rażąco niskie ceny. Tym samym dokonana przez Zamawiającego ocenę złożonych wyjaśnień należało uznać za prawidłową. Jednocześnie za niepotwierdzony należało uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp gdyż Odwołujący nie wykazał, że oferta wykonawcy Maxto jak i oferta wykonawcy S&T zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, stanowiska Odwołującego nie potwierdza również przedłożona przez niego opinia, która nie uwzględnia elementów zawartych w wyjaśnieniach wykonawców i jest jedynie subiektywną oceną jej autora opartą na teoretycznych założeniach bez uwzględnienia przywoływanych przez wykonawców Maxto i S&T obiektywnych czynników. Powyższe przesądza również o niezasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp gdyż odwołujący nie wykazał, że złożenie ofert przez wykonawców Maxto i S&T stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 stawy Pzp gdyż zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a wyboru oferty najkorzystniejszej dokonał na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W ocenie Izby, odwołujący nie uczynił zadość temu obowiązkowi, co skutkowało uznaniem przedmiotowego odwołania za niezasadne.

Mając na względzie powyższe Izba orzekła, jak w sentencji.

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

Przewodniczący: