

WYROK
z dnia 19 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2018 r. przez wykonawcę **SIMPLE S.A z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Ochota w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 – Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa – Ochota w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Zakup i wdrożenie oprogramowania niezbędnego do realizacji projektu pt. „Podniesienie jakości świadczeń medycznych poprzez wdrożenie zintegrowanych systemów informatycznych w SZPZLO Warszawa-Ochota”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 120-274808 w dniu 26 czerwca 2018 r. oraz na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 24 października 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez wykonawcę Atende Medica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący lub Atende).

Wykonawca - SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego,
2. zaniechaniu zwrócenia się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny,

3. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego,

4. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,

5. utajnieniu i zaniechaniu odtajnienia części oferty Przystępującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy wbrew postanowieniu pkt 118 Załącznika nr 2 do SIWZ - Wymagania Obligatoryjne, 1 Wymagania Ogólne (w treści po zmianach z dnia 25 lipca 2018 r.) zgodnie z którym „Oferowany system ZSJ musi pochodzić od jednego producenta oprogramowania w zakresie modułów HIS i ERP. Zamawiający dopuszcza możliwość by moduł RIS/PACS pochodził od innego producenta oprogramowania”. Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie zaoferował systemu ZSJ pochodzącego od jednego producenta oprogramowania w zakresie modułów HIS i ERP, bowiem producentem zaoferowanego przez tego wykonawcę modułu HIS jest Atende, a modułu ERP firma Finus sp. z o.o., a więc różni producenci, co prowadzić powinno do wniosku, że treść oferty Atende nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ),

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Atende, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy wbrew postanowieniu pkt 117 Załącznika nr 2 do SIWZ - Wymagania Obligatoryjne, 1 Wymagania Ogólne (w treści po zmianach z dnia 25 lipca 2018 r.), zgodnie z którym: „Wykonawca zapewni, że do utrzymania baz danych zastosowane zostaną powszechnie znane na rynku, komercyjne silniki bazodanowe z wykupioną bezterminową licencją, gwarantującą dostęp

dla nielimitowanej liczby użytkowników. Dostarczone oprogramowanie bazodanowe musi być ogólnodostępnym rozwiązaniem komercyjnym i musi być objęte minimum 36 miesięcznym wsparciem producenta systemu bazodanowego". Przystępujący zaoferował moduł ERP funkcjonujący na bazie danych typu Open Source, tj. niekomercyjnej, darmowej, co prowadzić powinno do wniosku, że treść oferty Atende nie odpowiada treści SIWZ,

3.art. 90 ust. 1 i 1a w zw. z art. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Atende do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w sytuacji, gdy cena zaoferowana przez Atende wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, a tym bardziej, że jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT,

4.art. 89 ust. 1 pkt 4 z art. 7 ust. 113 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Atende, a w konsekwencji wybór oferty Atende jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5.art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419) (dalej: uznk,) poprzez bezzasadne utajnienie części oferty Wykonawcy Atende jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zaniechanie odtajnienia tej części oferty Atende, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co doprowadziło do bezzasadnego ograniczenia Odwołującemu możliwości zbadania oferty Atende m. in. w zakresie spełniania przez zaoferowany system wymagań obligatoryjnych, które badane były podczas prezentacji systemu.

W związku z tak postawionymi zarzutami, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Atende jako najkorzystniejszej,
- odrzucenia oferty Atende,
- wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie
- odtajnienia części oferty Atende zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- wezwania Atende do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut numer 1 odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest m.in. dostawa oraz wdrożenie systemu ZSI - część medyczna (HIS), a także dostawa oraz wdrożenie systemu ZSI - część administracyjna (ERP). Zamawiający ustalając ostatecznie treść SIWZ w dniu 25 lipca 2018 r., w pkt 118 Załącznika nr 2 do SIWZ - Wymagania Obligatoryjne, Wymagania Ogólne uregulował, że: „Oferowany system ZSI musi pochodzić od jednego producenta oprogramowania w zakresie modułów HIS i ERP. Zamawiający dopuszcza możliwość by moduł RIS/PACS pochodził od innego producenta oprogramowania". Zgodnie z powyższym, każdy z wykonawców musiał zaoferować system ZSI, o tożsamym pochodzeniu, jeśli chodzi o producenta, zarówno co do modułu części medycznej (HIS) jak i administracyjnej (ERP).

Odwołujący stwierdził, że wbrew powyższemu wymogowi Przystępujący nie zaoferował modułu części medycznej (HIS) i części administracyjnej (ERP) pochodzącej od jednego producenta. Producentem bowiem modułu HIS jest Atende, a modułu ERP, inny podmiot - Finus sp. z o.o. Treść dokumentów rejestrowych obydwu spółek prowadzi do wniosku, iż nie są one w żaden sposób powiązane kapitałowo ani osobowo, funkcjonują też na rynku jako odrębne podmioty oferujące we własnym imieniu wyprodukowane przez siebie systemy. Aby móc uznać, że Atende zaoferował moduły HIS i ERP pochodzące od tego samego producenta, musiałby bądź to zaoferować dwa moduły produkcji własnej lub dwa moduły produkcji innego i tego samego producenta.

Odwołujący stwierdził, że Przystępujący oferując część HIS, którego producentem jest Atende oraz część ERP, którego producentem jest podmiot trzeci złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferta taka podlegać powinna odrzuceniu. Zamawiający niesłusznie więc dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, gdyż w świetle ustaleń poczynionych przez Odwołującego, powinien on raczej ofertę tę odrzucić.

Uzasadniając zarzut numer 2 Odwołujący wskazał, że gdyby nawet Przystępujący mógł w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ zaoferować w niniejszym postępowaniu moduł ERP pochodzący od innego producenta niż moduł HIS, to i tak jego oferta sprzeczna byłaby z treścią SIWZ z uwagi na niespełnianie przez ofertowany moduł ERP innych wymagań stawianych przez Zamawiającego.

Jak bowiem wskazano w pkt 117 Załącznika nr 2 do SIWZ - Wymagania Obligatoryjne, Wymagania Ogólne: „Wykonawca zapewni, że do utrzymania baz danych zastosowane zostaną powszechnie znane na rynku, komercyjne silniki bazodanowe z wykupioną bezterminową licencją, gwarantującą dostęp dla nielimitowanej liczby użytkowników. Dostarczone oprogramowanie bazodanowe musi być ogólnodostępnym rozwiązaniem komercyjnym i musi być objęte minimum 36 miesięcznym wsparciem producenta systemu bazodanowego". Powyższe oznacza, że bazy danych poszczególnych modułów nie mogą opierać się na rozwiązaniach typu Open Source, darmowych, a takich, za dostęp do

których wykupić należy stosowną licencję.

Tymczasem system ERP produkcji Finus sp. z o.o. oferowany przez Atende, pracuje na bazach danych typu Open Source, a więc niekomercyjnych. Okoliczność ta implikować powinna uznanie, że treść oferty wykonawcy Atende nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji uznanie, iż oferta ta powinna podlegać odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 i 4 Odwołujący wskazał, że kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 1.411.197,45 zł brutto. Wyjaśnił, że z uwagi na fakt, iż Zamawiający odmówił Odwołującemu dostęp do dokumentacji postępowania wobec zastrzeżenia przez Atende części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący nie zna dokładnej kwoty przyjętej przez Zamawiającego jako wartość zamówienia brutto, to biorąc pod uwagę ponad dwukrotną różnicę między kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia, a kwotą zaoferowaną przez Atende, to granicząc z pewnością należy przyjąć, że cena podana w ofercie Atende jest o co najmniej 30% niższa od wartości zamówienia brutto. Gdyby jednak różnica ta okazała się mniejsza, to i tak cena zaoferowana przez wykonawcę Atende, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwość Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Niezależnie która z wspomnianych sytuacji zaistniała to każda z nich pociągać powinna za sobą wezwanie Zamawiającego (bądź to na podstawie art. 90 ust. 1a bądź 90 ust. 1 ustawy Pzp) do złożenia przez Atende wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wyjaśnił, że nie ma wiedzy, aby Zamawiający któregoś ze wspomnianych wezwań dokonał, stąd ufając w prawdziwość posiadanych przez siebie informacji, podnosi zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania Atende do złożenia przepisanych prawem wyjaśnień w zakresie wykazania braku rażąco niskiej ceny.

Odwołujący stwierdził, że Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia po cenach znacznie odbiegających od cen rynkowych, co w uzasadnioną wątpliwość poddaje możliwość osiągnięcia przez niego zysku. W takiej sytuacji, Zamawiający zobligowany być powinien do wezwania Atende do złożenia wyjaśnień i wykluczonym powinno być bądź to samodzielne rozstrzygnięcie przez Zamawiającego, czy oferta Wykonawcy Atende została skalkulowana poprawnie, bądź tym bardziej, całkowite zignorowanie tej okoliczności.

Powyżej wskazana różnica ceny oferty Atende w stosunku do wartości zamówienia, zastrzeżenia Odwołującego do poprawności obliczenia ceny oferty oraz brak wezwania go do wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, przynajmniej na obecną chwilę, daje uzasadnione podstawy do wysunięcia wniosku, że oferta Przystępującego zawiera cenę rażąco niską i zasługuje z tego powodu na odrzucenie.

Uzasadniając zarzut nr 5 Odwołujący wskazał, że przedstawiciel Odwołującego zapoznał się z udostępnioną przez Zamawiającego ofertą złożoną przez Przystępującego, w której to ofercie wykonawca ten złożył oświadczenie o zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa następujących dokumentów:

1. Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia,
2. Załącznika nr 3 do SIWZ,
3. Próbkę Systemu ZSI,
4. Załącznika nr 1 do Oświadczenia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający, utajnił też protokół z badania próbki systemu.

Odwołujący wskazał, że po analizie Oświadczenia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, stwierdził, że nie zostały spełnione zawarte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przesłanki umożliwiające utajnienie części oferty tego wykonawcy i powinna ona ulec ujawnieniu.

Zdaniem Odwołującego Przystępujący poza obszernym opisaniem, dlaczego zastrzeżone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wykazał, czy w rzeczywistości tak jest. W treści oświadczenia brak jest bowiem dowodów, że wskazane w zastrzeżonych dokumentach informacje nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej. Ponadto, Atende nie wykazało też, że w stosunku do omawianych informacji podjął jakiekolwiek działania mające na celu zachowanie ich poufności, a przedstawione wyjaśnienia w tym zakresie są nieprzekonujące. W treści tych wyjaśnień Atende wskazał, że zastrzeżone informacje znane są określonej grupie osób, która zobowiązana jest do zachowania poufności z mocy prawa - członkowie zarządu spółki, zobowiązani są do zachowania poufności w związku z regulacjami kodeksu spółek handlowych, a pracownicy, w związku z regulacjami kodeksu pracy. Bez wątpienia nie można uznać, że obowiązek przestrzegania przez wspomniane podmioty bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, stanowi czynność podjętą przez Wykonawcę, mającą na celu zachowanie poufności zastrzeżonych informacji, z punktu widzenia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Obowiązki te, wprowadził ustawodawca i obowiązują one nieograniczoną grupę osób, a nie tylko i wyłącznie pracowników i członków zarządu Atende. W ocenie Odwołującego, nieprzekonujące jest też powołanie się przez Przystępującego na treść Polityki bezpieczeństwa, którą, jak deklaruje, wdrożył w swojej strukturze. Niezależnie od treści wspomnianej Polityki, wykonawca ten nie wykazał, że zgodnie z postanowieniami tej Polityki postępuje, a wątpliwość w tym zakresie budzi chociażby stosowanie, jako hasła do JEDZ, nazwy swojego przedsiębiorstwa i to w niejednym postępowaniu, w którym bierze udział.

Odwołujący wskazał też, że Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą. Bez wątpienia samo podanie kwoty, na jaką wycenia on tajemnicę przedsiębiorstwa nie równa się udowodnieniu, że zastrzeżone informacje niosą za sobą rzeczywistą wartość. Poza jednozdaniowym zaledwie oświadczeniem

Przystępującego, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa brak odesłań do jakichkolwiek dowodów przemawiających za prawdziwością podanej przez tego wykonawcę kwoty. W treści omawianego uzasadnienia nie podano nawet wartości poszczególnych, zastrzeżonych elementów oferty, z których rzekomo składa się, podana przez Wykonawcę Atende wartość zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Według Odwołującego Przystępujący nie podał też wykazaniu, że poszczególne, zastrzeżone przez niego elementy oferty w ogóle mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W zakresie utajnienia części JEDZ, poza obszernym przywołaniem orzecznictwa KIO, wykonawca ten nie wykazał, że w tym konkretnym przypadku i w tym konkretnym zamówieniu, zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie powinna być też skuteczna argumentacja Atende w zakresie zasadności utajnienia wykazu dodatkowo oferowanych i punktowanych funkcjonalności oraz próbki. Wyjaśnił, że pomimo faktu, iż zamawiany system informatyczny będzie dopiero wdrożony u Zamawiającego w toku wykonywania umowy, to jest on powszechnie oferowany i wdrażany u szeregu Zamawiających, a funkcjonalności jakie w swoje ofercie ma Przystępujący i jakie ukazane zostały w próbce, nie stanowią tajemnicy dla konkurencji, przez co są powszechnie znane wśród podmiotów działających w branży. Należy więc stwierdzić, że działanie Atende, nakierowane jest jedynie na pozbawienie konkurencji możliwości zapoznania się ze złożoną ofertą, a nie na realne zabezpieczenie rzeczywistego i uzasadnionego interesu Przystępującego, który powinien podlegać ochronie.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że oferta Przystępującego powinna zostać ujawniona w całości, wobec niespełnienia przesłanek zawartych w art. 8 ust. 3 ustawy PZP. Wskazane w treści Oświadczenia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa okoliczności, stanowią jedynie deklaracje tego wykonawcy niepotwierdzone w żaden przekonujący sposób, co prowadzi do wniosku, że wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 listopada 2018 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 wyjaśnił, iż w dniu 1 października 2018 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących logo „Finus” albowiem podczas prezentacji tzw. „Próbki” w dniu 26 września 2018 r. na ekranie prezentacyjnym ukazała się nazwa firmy: „Finus Sp. z o.o. w Szczecinie”. Przedmiotowe wezwanie wynikało z faktu, iż w czasie wskazanej wyżej prezentacji Przystępujący zaprezentował dla tzw. części białej” (HIS) moduł, którego jest producentem, zaś podczas prezentacji tzw. części szarej” (ERP) pojawiło się logo „Finus”. Wobec powyższego Zamawiający powziął wątpliwość, czy producentem tego modułu nie jest firma Finus Sp. z o.o., czy Przystępujący. Pismem z dnia 2 października 2018r. Przystępujący wyjaśnił, iż logo Finus oraz nazwa Finus Sp. z o.o. odnosi się do podmiotu, który współpracował z nim przy stworzeniu tzw. „części szarej” (ERP). Jest to podmiot, który kilka lat temu wykonywał usługi pod kierownictwem i na rzecz Przystępującego, jako producenta tego oprogramowania. Jednakże nie wpływa to na fakt, że to Przystępujący jest producentem całego oprogramowania, które było prezentowane w dniu 26 września 2018 r. tj. zarówno części szarej jak i części białej. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wykonawca oświadczył, iż przysługują mu prawa autorskie do obu części oprogramowania.

Zamawiający podkreślił, że z uwagi na jednoznaczne stanowisko wykonawcy w kwestii dotyczącej pochodzenia systemu ZSI od jednego producenta oprogramowania w zakresie modułów HIS i ERP uznał przedmiotowe wyjaśnienia za wyczerpujące.

Jednocześnie wskazał, iż Zamawiający dokonując analizy wyjaśnień Atende uwzględnił fakt, iż w żadnym miejscu w SIWZ nie wskazał on definicji pojęcia producenta, zatem dla utrzymania konkurencyjności i przejrzystości postępowania przyjąć należy definicję wynikającą z Kodeksu cywilnego który to w art. 449 (1) § 1 wskazuje, że producentem jest ten, kto wytwarza w zakresie swojej działalności gospodarczej. W tym miejscu warto jeszcze zwrócić uwagę na art. 449 (5) § 1 KC, który określa, że wytwórca materiału, surowca albo części składowej produktu odpowiada tak jak producent. Ten drugi przepis świadczy o tym, że wytwórca części składowej nie jest producentem, choć odpowiada na takich samych zasadach jak producent. Dodatkowo prawidłowo interpretowany przepis wskazuje na fakt, że w sytuacji, w której produkt składa się z części składowych, wówczas wytwórca całości jest producentem

Ponadto zgodnie z art. 3 pkt 2 c ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (t.j. Dz. U. 2016, poz. 2047) za producenta uznaje się: przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem. Wobec powyższego, aby uznać dany podmiot za producenta nie musi być on wytwórcą (w sensie fizycznym) każdego z elementów składowych produktu.

Reasumując Zamawiający stwierdził, że Przystępującego zarówno w świetle oświadczenia z dnia 2 października 2018 r. oraz wskazanych przepisów prawa należy uznać za producenta całego oferowanego oprogramowania. Tym samym to Przystępujący jako producent i właściciel autorskich praw majątkowych tego oprogramowania ponosi odpowiedzialność za swój produkt zgodnie z właściwymi przepisami prawa oraz umową, którą zawarły z Zamawiającym stanowiącą załącznik do SIWZ. Natomiast Finus, takiej odpowiedzialności nie mógłby ponosić.

Odnosząc się do zarzutu z pkt 2 Zamawiający stwierdził, iż zarzut ten opiera się na założeniu Odwołującego, iż producentem oprogramowania jest firma Finus. Tymczasem jak wykazano powyżej założenie to jest błędne. Z uwagi na fakt, iż logo Finus pojawiło się podczas prezentacji tzw. „Próbki”, która to prezentacja została zgodnie z wnioskami

wykonawców utajniona, zastanawiającym jest dla Zamawiającego, skąd Odwołujący powziął tego rodzaju informacje. Z pewnością nie jest nią pismo Zamawiającego z dnia 1 października 2018 r. skierowane do Atende dotyczące wyjaśnienia kwestii wyżej wskazanego logo, ani nie jest nią odpowiedź Atende w tym zakresie albowiem Odwołujący w żaden sposób nie odnosi się do oświadczenia Przystępującego z dnia 2 października 2018 r. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący postawił zarzut niczym nieuzasadniony, że producentem „części szarej” jest Finus, a on dysponuje jedynie rozwiązaniami opensourcowymi.

Zamawiający wskazał jednak, iż pojęcie oprogramowania typu open-source nie ma swojej legalnej definicji i jego stosowanie rzeczywiście wywołuje wiele wątpliwości to można ustalić czy dane oprogramowanie ma taki charakter poprzez pewne cechy właściwe dla tego typu oprogramowania.

W ocenie Zamawiającego oprogramowanie zaoferowane przez Przystępującego nie spełnia cech przynależnych rozwiązaniom typu open-source jako główne. Wykonawca nie oferował zaproponowanego oprogramowania za darmo, w jego ofercie nie ma ono charakteru otwartego, ponosi odpowiedzialność za zaoferowany produkt i udziela na niego gwarancji zatem zaoferowany przez niego produkt nie ma charakteru rozwiązania open-source, ponieważ umożliwia utworzenie komercyjnych i zamkniętych rozwiązań. Faktem jest, że Zamawiający zabronił złożenia w ofercie produktu, który zawiera element oparty na rozwiązaniach opensourcowych, natomiast zaoferowanie oprogramowania, które może opierać się na takich rozwiązaniach, ale finalnie nim nie jest, należy uznać za zgodne z treścią SIWZ.

Zamawiający uznał, że na bazie zaoferowanego przez Przystępującego, oprogramowania możliwe jest tworzenie aplikacji zamkniętych mających charakter komercyjny, które spełniają potrzebę zamawiającego i są zgodne z celami zamówienia.

Ustosunkowując się do zarzutu nr 3 oraz związanego z nim zarzutu nr 4 Zamawiający wyjaśnił, że zwrócił się do Przystępującego z żądaniem złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i takie wyjaśnienia otrzymał, co oznacza, że podczas badania i oceny ofert zwrócił uwagę na ten aspekt.

W piśmie z dnia 24 września 2018 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia odnoszące się do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny składane w trybie art. 90 ustawy Pzp, zastrzegając jednocześnie, że ich treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wyjaśnił, iż z powyższych wyjaśnień wynikało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający za niezasadny uznał zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (zarzut nr 4).

Ustosunkowując się do zarzutu nr 5 Zamawiający wskazał, iż jest on spóźniony i powinien być podniesiony w terminie liczonym od dnia 24 września 2018 r., kiedy Odwołujący uzyskał wgląd do oferty Przystępującego.

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu otwarcia ofert Zamawiający ustalił, iż obydwaj wykonawcy, tj. Przystępujący i Odwołujący zastrzegły jako tajemnica przedsiębiorstwa następujące dokumenty:

1. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia,
2. Załącznika nr 3 do SIWZ,
3. Próbkę Systemu ZSI,
4. Załącznik nr 1 do Oświadczenia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismami skierowanymi do obydwu Wykonawców z dnia 20 września 2018 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnień dotyczących zastrzeżonych informacji. Jednocześnie w przedmiotowych pismach podkreślił, iż zastrzeżenie niektórych części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a w szczególności Załącznika nr 3 do SIWZ (wymagania dodatkowe, punktowane „próbka”) przez dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu może znacznie utrudnić obu wykonawcom weryfikację oferty konkurenta w tym zakresie. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, pismem z dnia 20 września 2018 r. Przystępujący wskazał, że informacje zawarte na stronach od 194-202 złożonej oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa natomiast informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa znajdują się na stronach 203-211.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący pismem z dnia 21 września 2018 r. podtrzymał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z uwagi na powyższe Komisja Przetargowa utajniła dokumenty wobec których wykonawcy zastrzegły tajemnicę przedsiębiorstwa, czego konsekwencją było utajnienie prezentacji „Próbek, a w następstwie protokołu z prezentacji w części dotyczącej wymagań dodatkowych.”

Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 24 września 2018 r. poinformował obu Wykonawców, iż prezentacja „Próbki” tj. funkcjonalności ZSI zostaje utajniona dla podmiotów trzecich, w tym innych wykonawców ubiegających się o zamówienie. W związku z powyższym utajniony zostanie także protokół z prezentacji „Próbki” w części dotyczącej prezentacji funkcjonalności dodatkowych, potwierdzonych przez Wykonawcę w ofercie.

Ponadto Zamawiający wskazał, że nie udostępnił Odwołującemu pełnej oferty Przystępującego w dniu 24 września 2018 r., natomiast w odpowiedzi na pismo Odwołującego z dnia 15 października 2018 r., pismem z dnia 17 października 2018 r., odmówił uwzględnienia wniosku o odtajnienie dokumentów Atende. Tym samym w ocenie Zamawiającego podniesiony zarzut został poniesiony po terminie wynikającym z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy i jest spóźniony.

Z ostrożności Zamawiający podniósł, że zarzut nr 5 jest także bezzasadny merytorycznie, bowiem Przystępujący

szczegółowo wskazał podstawy prawne i przede wszystkim faktyczne dokonane przez siebie zastrzeżenia oraz dokładnie określiło przyczyny dla których niezbędne było zastrzeżenie tej tajemnicy.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 13 listopada 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania uznając jego zarzuty za bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia Atende Medica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

I. Zamawiający w punkcie 117 Załącznika nr 2 do SIWZ - Wymagania Obligatoryjne, 1 Wymagania Ogólne (w treści po zmianach z dnia 25 lipca 2018 r.) postanowił: „Wykonawca zapewni, że do utrzymania baz danych zastosowane zostaną powszechnie znane na rynku, komercyjne silniki bazodanowe z wykupioną bezterminową licencją, gwarantującą dostęp dla nielimitowanej liczby użytkowników. Dostarczone oprogramowanie bazodanowe musi być ogólnodostępnym rozwiązaniem komercyjnym i musi być objęte minimum 36 miesięcznym wsparciem producenta systemu bazodanowego”

W punkcie 118 Załącznika nr 2 do SIWZ - Wymagania Obligatoryjne, 1 Wymagania Ogólne (w treści po zmianach z dnia 25 lipca 2018 r.) zgodnie z którym „Oferowany system ZSJ musi pochodzić od jednego producenta oprogramowania w zakresie modułów HIS i ERP. Zamawiający dopuszcza możliwość by moduł RIS/PACS pochodził od innego producenta oprogramowania”.

II. Przystępujący w Formularzu ofertowo-cenowym w kolumnie 3 tabeli „Nazwa handlowa oferowanego systemu” wpisał: Medicus On-Line, którego producentem jest (kolumna 4 tabeli) Atende Medica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

III. Zamawiający pismem z dnia 1 października 2018 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, że: „W związku z prezentacją tzw. „Próbki dokonywaną przez Wykonawcę Atende Medica sp. z o.o. w dniu 26 września 2018 r., SZPZLO Warszawa-Ochota jako Zamawiający wzywa Państwa do udzielenia wyjaśnień, czego dotyczy logo „finus” oraz nazwa firmy: Finus sp. z o.o. w Szczecinie oraz Finus sp. z o.o. w Warszawie, które ukazały się na ekranie prezentacyjnym. Atende Medica sp. z o.o. zaprezentowała dla tzw. „części białej” (HIS) moduł, którego jest producentem, zaś dla tzw. „części szarej” (ERP) moduł, którego producentem może być firma Finus sp. z o.o., co może wynikać z prezentowanego logo firmy.”.

Przystępujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie, w piśmie z dnia 2 października 2018 r. wskazał, że: „Logo Finus oraz nazwa firmy Finus sp. z o.o. odnosi się do podmiotu, który współpracował z Atende przy stworzeniu tzw. „części szarej” (ERP). Jest to podmiot, który kilka lat temu wykonywał usługi pod kierownictwem i na rzecz Atende, jako producenta tego oprogramowania. Nie wpływa to jednak na fakt, że to Atende Medica sp. z o.o. jest producentem całego oprogramowania, które było prezentowane w dniu 26 września 2018 r., tj. zarówno części szarej, jak i części białej. Atende przysługują prawa autorskie do obu części oprogramowania.”.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku Odwołującego, nie można w okolicznościach rozpoznawanej sprawy uznać, iż wykonawca Atende Medica sp. z o.o. nie jest producentem oferowanego w przedmiotowym postępowaniu oprogramowania ERP o nazwie Medicus On-Line. Izba w tym składzie podziela pogląd zaprezentowany przez Przystępującego, że aby uznać dany podmiot za producenta nie musi być on wytwórcą (w sensie fizycznym) każdego z elementów składowych produktu. Wskazać należy, iż z przedłożonej przez Przystępującego umowy z dnia 17 listopada 2014 r. wynika, że Atende Medica sp. z o.o. nabyła majątkowe prawa autorskie do oprogramowania ERP uprawniające spółkę do trwałego lub czasowego zwielokrotnienia programu komputerowego, tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakiegokolwiek innej zmiany w programie komputerowym, a także rozpowszechnianie, w tym użyczenie lub najem, programu komputerowego lub jego kopii. Na rozprawie Przystępujący wyjaśniał ponadto, że nabyte przez niego kilka lat temu oprogramowanie stanowiło bazę do wytworzenia własnego produktu, z nowymi funkcjonalnościami (w tym modułami), i innymi jego modyfikacjami, w tym kastomizacjami na potrzeby swoich klientów oraz połączenia (integracją) z systemem HIS. W konsekwencji powyższych modyfikacji i rozbudowania oprogramowania powstało całkowicie nowe oprogramowanie, znacząco odbiegające od wersji, którą nabył w 2014 r. Powyższe w ocenie Izby powoduje, iż nie sposób

odmówić Przystępującemu stanowiska, iż jest on producentem obecnie oferowanego oprogramowania ERP Medicus On-Line.

Odwołujący nie wykazał natomiast, pomimo obciążającego go ciężaru dowodowego, że program obecnie oferowany przez Przystępującego jest oprogramowaniem w tej samej wersji, którą Przystępujący nabył na podstawie umowy z dnia 17 listopada 2014 r. W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący w niniejszym postępowaniu oferuje oprogramowanie ERP, którego jest producentem i za które ponosi odpowiedzialność.

Odnosząc się w tym miejscu do przedłożonych przez Odwołującego dowodów, na okoliczność, iż to firma Finus sp. z o.o. jest producentem oprogramowania ERP zaoferowanego przez Przystępującego, to wskazać należy po pierwsze, iż wyciąg z przedłożonej przez Odwołującego korespondencji mailowej nie zawiera pytania, na które spółka Finus udzieliła odpowiedzi, nie wynika z niego również o jakie konkretnie Odwołujący pytał oprogramowanie, czy było to oprogramowanie ERP oferowane przez Przystępującego o nazwie Medicus On-Line, czy przez spółkę Finus o nazwie Fin-Med., ponieważ jak wskazał Przystępujący, spółka Finus posiada własne oprogramowanie ERP o nazwie Fin-Med. Powyższej okoliczności nie sposób natomiast ustalić z tej korespondencji. Również okoliczność, iż FINUS sp. z o.o. jest jedynym serwisantem swoich programów w żaden sposób nie wpływa na powyższe ustalenia Izby. Jak bowiem wskazano wyżej firma Finus oferuje swoje oprogramowanie ERP pod nazwą Fin-Med, natomiast oprogramowanie ERP Przystępującego nosi nazwę Medicus On-Line. Brak więc wskazania w treści maila o jakie oprogramowanie pytał Odwołujący uniemożliwia podważenia stanowiska Przystępującego.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo przyjął, iż Przystępujący jest producentem oprogramowania ERP, w związku z czym nie naruszył on art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zaniechując odrzucenia oferty Przystępującego z tej przyczyny.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 2 odwołania to Izba stwierdziła, że w konsekwencji uznania w zarzucie 1, iż Przystępujący oferuje oprogramowanie ERP własnej produkcji o nazwie Medicus On-Line, nie zaś firmy FINUS sp. z o.o. przesądza o bezzasadności zarzutu nr 2. Zarzut ten oparty był bowiem na założeniu, iż Przystępujący oferuje oprogramowanie ERP firmy Finus sp. z o.o., które może współpracować tylko z bazami danych typu „Open source”.

Jednakże podkreślić należy, iż z przedłożonego przez samego Odwołującego dowodu wynika, że oferowane przez Przystępującego oprogramowanie ERP Medicus On-Line jest oprogramowaniem, które umożliwia współpracę z komercyjną bazą danych. Z powyższego dowodu wynika bowiem, że Medicus On-Line oferowany jest na dwóch platformach, tj. Open source PostgreSQL oraz Enterprise PostgreSQL. Zgodnie z tą informacją Medicus On-Line oferowany na platformie Enterprise PostgreSQL cechuje się zamkniętym kodem, komercyjnym oprogramowaniem, zamkniętą licencją na negocjowalnych warunkach, pełne wsparcie dla klientów, gwarancja na negocjowalnych warunkach.

W konsekwencji Izba uznała, iż zaoferowane przez Przystępującego oprogramowanie ERP spełnia wymóg zawarty w punkcie 117 Załącznika nr 2 do SIWZ, a więc zarzut nr 2 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Również za niezasadny Izba uznała zarzut nr 3 dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 i 1a w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący jako uzasadnienie powyższego wyводу wskazywał, iż Zamawiający pomimo ciążącego na nim obowiązku do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w związku z faktem, iż cena jego oferty była o 30% niższa od wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o należny podatek, zaniechał tej czynności.

Wskazać jednak należy, iż Zamawiający pismem z dnia 18 września 2018 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, a Przystępujący na powyższe wezwanie udzielił odpowiedzi pismem z dnia 24 września 2018 r.

Tym samym zarzut dotyczący zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należało oddalić.

Odnosząc się kolejno do zarzutu zawartego w punkcie 4 odwołania to wskazać należy, na wstępie, iż Odwołujący żądając odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na zaoferowanie przez Atende rażąco niskiej ceny, to jednak w żaden sposób nie odniósł się do realności zaoferowanej, nie zakwestionował żadnego z jej elementów, nie odniósł się do żadnej pozycji. Odwołujący wskazywał jedynie, iż cena oferty Przystępującego odbiega od cen rynkowych. Zauważyć natomiast należy, że Odwołujący będąc profesjonalistą mógł wskazać, które z elementów cenotwórczych oferty mogły zostać przez Przystępującego zaniżone, albo dlaczego zaoferowana cena jest ceną nierealną przy uwzględnieniu cen rzeczywistych. W konsekwencji skład orzekający uznał, że zarzut został sformułowany w sposób blankietowy, bez doprecyzowania jego podstawy faktycznej, co jest nieprawidłowe.

Podkreślić należy, że wykonawca wnosząc odwołanie ma obowiązek precyzyjnego wyrażenia swoich zastrzeżeń wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego, co oznacza konieczność określenia nie tylko podstawy prawnej zarzutu i żądania, ale również podstawy faktycznej – na tyle precyzyjnie, aby umożliwić stronie przeciwnej odniesienie się do tych zarzutów, a Izbie – ocenę ich zasadności. Precyzyjne zakreślenie podstawy faktycznej zarzutu powinno nastąpić już w treści odwołania, nie zaś dopiero podczas rozprawy. Formułując zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wykonawca był zobowiązany wskazać w odwołaniu, które elementy kosztorysy mogły zostać niedoszacowane, a podczas rozprawy przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń. W ocenie Izby Odwołujący nie wywiązał się z tego obowiązku, próbując doprecyzować podstawę faktyczną zarzutu dopiero w czasie rozprawy, co

należy uznać za niedopuszczalne. Izba nie może bowiem – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przez co należy rozumieć również zarzuty blankietowe, przedstawione jedynie w sposób niedoprecyzowany.

Odnosząc się natomiast do przedłożonych przez Odwołującego dowodów wskazujących, iż Przystępujących w innych postępowaniach oferował wyższe ceny na realizację podobnych usług, to wskazać należy, iż okoliczność taka nie może przesądzać o nierealności ceny zaoferowanej w tym postępowaniu. Podkreślić trzeba, że zakres przedmiotowy zamówienia w każdym postępowaniu jest różny, różnie też wykonawcy kalkulują swoje oferty, dlatego też na podstawie cen zaoferowanych w tych konkretnych postępowaniach nie można twierdzić, iż w niniejszym postępowaniu Przystępujący zaoferował cenę rażąco niską.

Nie mniej jednak Izba dokonała pełnej analizy wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej cen, które zostały przez niego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i uznała, że wyjaśnienia potwierdzają realność zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia.

W ocenie Izby, Przystępujący złożył szczegółowe wyjaśnienia, świadczące o tym, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną, umożliwiającą mu osiągnięcie zysku. Przystępujący wskazał sposób kalkulacji ceny i wszystkie koszty wpływające na jej wysokość. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, że zarzut nr 4 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba za spóźniony uznała natomiast zarzut zawarty w punkcie 5 odwołania, dotyczący naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz uznk poprzez bezzasadne utajnienie części oferty Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zaniechanie odtajnienia części oferty dotyczącej:

1. Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia,
2. Załącznika nr 3 do SIWZ,
3. Próbkę Systemu ZSI,
4. Załącznika nr 1 do Oświadczenia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazać należy po pierwsze, iż Zamawiający pismem z dnia 24 września 2018 r. poinformował obu wykonawców, iż prezentacja „Próbki” tj. funkcjonalności ZSI zostaje utajniona dla podmiotów trzecich, w tym innych wykonawców ubiegających się o zamówienie. W związku z powyższym utajniony zostanie także protokół z prezentacji „Próbki w części dotyczącej prezentacji funkcjonalności dodatkowych, potwierdzonych przez Wykonawcę w ofercie.

Po drugie natomiast wskazać należy, iż przedstawiciel Odwołującego dokonał wglądu do oferty wykonawcy Atende tego samego dnia, tj. 24 września 2018 r., co znajduje potwierdzenie w aktach sprawy i zostało przez Odwołującego potwierdzone na rozprawie. Na rozprawie Odwołujący wskazał ponadto, iż nie posiadał on wiedzy odnośnie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bowiem w dniu wglądu do oferty tego wykonawcy, tj. 24 września 2018r. został poinformowany, że pozostała część oferty jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, w konsekwencji czego odmówiono mu dostępu do utajnionej części oferty. Powyższe w ocenie Izby potwierdza, że już w tym dniu Zamawiający zakończył czynność badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i od tego dnia Odwołujący miał wiedzę co do tego co zostało zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa Ponadto w ocenie Izby, Zamawiający nie dał podstaw do uznania, że kwestia ta nie została przez niego ostatecznie rozstrzygnięta tylko będzie jeszcze podlegać badaniu. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że to od tego właśnie dnia należy liczyć bieg terminu do złożenia odwołania od jednoznacznie wyrażonej decyzji przez Zamawiającego.

Skutkiem powyższego jest to, że termin kwestionowania tej czynności upłynął dnia 4 października 2018 r., podczas gdy zarzut w tym zakresie poczyniony został dopiero w odwołaniu z dnia 29 października 2018 r. To uniemożliwia rozpoznanie tego zarzutu jako zarzutu spóźnionego.

Izba wyjaśnia ponadto, iż podniesienie spóźnionego zarzutu w ramach odwołania nie skutkuje odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp jedynie ze względu na inne podniesione w odwołaniu, z zachowaniem ustawowych terminów, zarzuty.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba w niniejszej sprawie nie orzekała w przedmiocie zasądzenia na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego. Z treści art. 3 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania wynika, iż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. W niniejszym postępowaniu Zamawiający do chwili zamknięcia rozprawy nie przedstawił rachunków, na podstawie których żądał zwrotu kosztów.

Przewodniczący: