Sygn. akt KIO 840/17

Sygn. akt: KIO 840/17

WYROK

z dnia 11 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Mateusz Zientak

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez **odwołującego:** C. H. S. A. Al. (…) w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w W., ul. (…)

przy udziale wykonawcy A. M. Sp. z o.o. Al. (…) **zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.**

orzeka

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża C. H. S. A. Al. (…) i:

3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez C. H. S. A. Al. (…) tytułem wpisu od odwołania i:
   3.1. zasądza od C. H. S. A. Al. (…) kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki zdrowotnej w W., ul. (…) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

Przewodniczący: ……..……

Uzasadnienie

Pismem z dnia 24 kwietnia 2017 r. wykonawca wniósł odwołanie jak poniżej,

---

w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „E - USŁUGI W SPZZOZ W W.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Wspólnot Europejskich w dniu 10 października 2016 r. pod poz. 2016/S 190-341788
Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 i art. 180 ust 1 i ust 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (dalej „Ustawa") w przedmiotowym postępowaniu wniósł odwołanie od:
1. zaniechania odtajnienia przez zamawiającego dokumentów składających się na dokumentację postępowania przetargowego tj.
   1) wyjaśnienia A. M. sp. z o.o. Al. (…) (dalej „A.") z dnia 7 kwietnia 2017 roku;

2) korespondencji (odpowiedzi) z dnia 5 kwietnia 2017 roku wraz z ze stanowiskiem Inżyniera projektu z dnia 4 kwietnia 2017 roku udzielonej na zapytanie Zamawiającego przez SPZZOZ Szpital w I. dotyczącej wartości sprzętu dostarczonego przez A. M. Sp. z o.o. w ramach umowy z dnia 20 stycznia 2014r. (dalej „Umowa") w pod „ zawartej ramach projektu nazwą: Środowisko teleinformatyczne SPZZOZ w I. gromadzenia, przetwarzania i wymiany danych w obiegu medycznych, dokumentacji medycznej systemie elektronicznego dokumentów oraz wytwarzania i udostępniania e-uslug dla pacjentów",

2.zaniechania wykluczenia wykonawcy A. z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu - co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) Ustawy;

3.zaniechania wykluczenia wykonawcy A. z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz który co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania czynności uznania - co stanowi naruszenie art. 24 ust 1 pkt 16) i 17) Ustawy;

4.Niezgodnej z przepisami Ustawy czynności zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze oferty firmy A. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo tego że oferta złożona przez A. powinna zostać odrzucona, jako niespełniająca wymagań SIWZ;

5.zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania uznania oferty złożonej przez odwołującego za najwyżej ocenioną i w konsekwencji zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta odwołującego spełnia wymagania SIWZ jest

---

ofertą która powinna zostać najwyżej oceniona w świetle postawionych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1.naruszenie przepisu art 7 ust 1 Ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2.naruszenie przepisu art 7 ust 1 i art 91 ust 1 Ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez A. jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wykonawca A. powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona, a także poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez odwołującego za najwyżej ocenioną, zaniechanie zbadania i oceny oferty odwołującego i w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą która powinna zostać najwyżej oceniona w świetle postawionych kryteriów oceny ofert

3.naruszenie art. 7 ust 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia] i udostępnienia Odwołującemu w/w zastrzeżonych części dokumentacji postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

4.naruszenie art 24 ust 1 pkt 12) oraz 16) i 17) Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. pomimo istnienia ku temu przesłanek określonych w ww. przepisach Ustawy. W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i

1. nakazanie zamawiającemu odtajnienia dokumentów wymienionych w petitum odwołania;

2.nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w przedmiotowym

postępowaniu;
3.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty firmy A. jako oferty najkorzystniejszej;
4.nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy A.;
5.nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.
W uwzględnienia przez w całości przypadku zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu art. 186 ust. 2 Ustawy odwołujący żąda od

zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.
Termin wniesienia odwołania - Informacja o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana przez zamawiającego w dniu 14 kwietnia 2017 r. (w załączeniu pismo zamawiającego).
Interes we wniesieniu odwołania - odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż wskazane w treści odwołania zaniechanie czynności odtajnienia dokumentów do której zamawiający był zobowiązany na podstawie Ustawy, jak również zaniechanie wykluczenia A. oraz odrzucenia oferty A. jako niespełniającej wymagań SIWZ, a ponadto zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i spełniającej wymagania SIWZ - eliminuje szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia. Odmowa odtajnienia wymienionych w odwołaniu dokumentów uniemożliwia zapoznanie się z ich treścią i weryfikację prawidłowości dokonanej w tym zakresie przez zamawiającego oceny oferty, znajdującej się w rankingu oceny na pozycji poprzedzających pozycję odwołującego. Stąd odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art 179 ust 1 Ustawy oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy.
Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) Ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma zatem legitymację czynną we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem jego uwzględnienie może doprowadzić w dalszej perspektywie do wyboru jego oferty i zawarcia przez odwołującego umowy z zamawiającym.
Wpływ rozstrzygnięcia niniejszego odwołania na wynik postępowania -Odwołujący zwraca również uwagę, iż uwzględnienie żądań odwołania może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Rozszerzy bowiem zakres dokumentów złożonych w postępowaniu, co umożliwi ich ocenę i weryfikację
prawidłowości oceny oferty A. przez zamawiającego. Pozwoli to na ewentualne złożenie zarzutów względem tej oceny w zakresie bezzasadnie utajnionych dokumentów, co może przełożyć się na wynik oceny ofert w postępowaniu
Przedstawiono następujące uzasadnienie odwołania.
W dniu 14 kwietnia 2017 r. Odwołujący otrzymał za pośrednictwem poczty e-mail od Zamawiającego pismo „Informacja o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej" wyjaśniające, iż po wykonaniu wyroku KIO z dnia 10 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 339/17 Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę A.. Z pisma wynika, iż w świetle kryteriów oceny ofert na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego. Po zapoznaniu z dokumentacją przetargową w dniu 20 kwietnia, w siedzibie Zamawiającego, Odwołujący stwierdził,

że Zamawiający naruszył przepisy Ustawy wskazane w petitum niniejszego odwołania. Zamawiający bezzasadnie zaniechał odtajnienia dokumentacji przetargowej pozwalającej na ocenę spełniania przez wykonawcę A. warunków udziału w postępowaniu, a ponadto wykonawca A. powinien zostać wykluczony z postępowania, natomiast oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać najwyżej oceniona. Zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SIWZ wykonawca musiał

wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, co najmniej jedno zamówienie rozumiane w treści warunku jako umowa o zamówienie publiczne. w ramach którego Wykonawca (...):
c) dostarczył sprzęt komputerowy (w tym serwerowy), o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto,
Oferta wykonawcy A. nie odpowiada treści SIWZ w zakresie ww. wymagania.
Wykonawca A., celem wykazania spełnienia ww. wymagania SIWZ posłużył się referencją pochodzącą od SPZZOZ Szpital w I., wskazując m.in., że zawarta przez niego z SPZZOZ w I. w ramach projektu pod nazwą: „ŚRODOWISKO TELEINFORMATYCZNE SP ZZOZ W I. DLA GROMADZENIA, PRZETWARZANIA 1 WYMIANY DANYCH MEDYCZNYCH, DOKUMENTACJI MEDYCZNEJ W SYSTEMIE ELEKTRONICZNEGO OBIEGU DOKUMENTÓW ORAZ WYTWARZANIA I UDOSTĘPNIANIA E-USŁUG DLA PACJENTÓW" umowa dnia 20 stycznia 2014r. spełnia w/w warunek w zakresie wartości dostarczonego sprzętu komputerowego (w tym serwerowego) o wartości ponad 2 500 000 zł brutto.
Referencja złożona w ofercie A. potwierdzająca wartość całej umowy – zarzut.
Referencja, na która powołuje się A. nie może potwierdzać dostawy sprzętu na kwotę 2.500.000 zł ponieważ zakres tego zamówienia obejmował głównie systemy informatyczne, a sam sprzęt był jedynie jego małą, niewielką częścią. Tymczasem
wartość całości zamówienia podana przez w ofercie A. opiewa na 2 718 300,00 zł. brutto - a zatem niewiele ponad wymaganą w warunku wartość sprzętu (różnica wynosi ok. 200 tys. zł). Z oświadczenia A. zawartego w JEDZ a następnie w złożonym Wykazie wykonanych zamówień wynika zatem, iż A. twierdzi, że wartość całości zamawianych do wdrożenia licznych systemów informatycznych, szkoleń, wieloletniej gwarancji, licencji na wdrażane oprogramowanie wynosiła tylko ok 200 tys. zł. zaś najwięcej - gdyż „ponad 2 500 000,00 zł. brutto" wart w ramach tego zamówienia był właśnie sprzęt.
W ocenie odwołującego nie ma możliwości, by w ramach umowy realizowanej na rzecz SPZZOZ Szpital w I. spółka A. dostarczyła sprzęt za kwotę 2.500.000 zł lub wyższą. Nie jest bowiem realne i możliwe, by sprzęt dostarczany przez A., w ramach

---

realizacji referencyjnej umowy posiadał tak dużą wartość. Zgodnie bowiem z SIWZ na zakres referencyjnej umowy podanej przez A. w JEDZ i następnie Wykazie składały się następujące elementy (informacja ta znajduje się na stronach 7-10 SIWZ z tego postępowania):
Zadanie 1 - wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego szpitala w części medycznej oraz w części zarządczej (czyli system HIS i system ERP wraz bazą danych, dostawa, instalacja, konfiguracja, wdrożenie oraz świadczenie 3 letniej usługi serwisowej na w/w systemy oraz na system bazy danych; Zadanie 2 - wdrożenie Elektronicznego Obiegu Dokumentów i systemu zarządzania treścią, dostawa, instalacja, konfiguracja, wdrożenie oraz świadczenie 3 letniej usługi serwisowej na w/w system; Zadanie 3 - budowa portalu intranetowego oraz e-pacjenta - dostawa, instalacja, konfiguracja, wdrożenie oraz świadczenie 3 letniej usługi serwisowej na w/w system o Zadanie 4 - budowa usług środowiska informatycznego (system zarządzania identyfikatorami i kodami kreskowymi, system zarządzania treścią, aplikacje kart elektronicznych oraz usługi integracji tych systemów z EOD, portalem i ZSI dostawa, instalacja, konfiguracja, wdrożenie oraz świadczenie 3 letniej usługi serwisowej na w/w systemy; Zadanie 5 - budowa infrastruktury transmisji danych środowiska informatycznego szpitala - rozbudowa istniejącej przewodowej transmisji danych oraz dostawa, rozmieszczenie i zainstalowanie składników instalacji bezprzewodowej transmisji danych wraz 3 letnimi usługami gwarancyjnymi i serwisowymi; Zadanie 6 - budowa infrastruktury przetwarzania danych - w tym modernizacja pomieszczeń serwerowni, systemy nadzoru, kontroli i zabezpieczenia pomieszczeń wraz z 3 letnimi usługami gwarancyjnymi; Zadanie 7 - budowa infrastruktury zarządzania środowiskiem i uwierzytelniania - w tym dostawa, rozmieszczenie i zainstalowanie składników instalacji zarządzania środowiskiem i uwierzytelniania, dostawa

oprogramowania realizującego funkcje usługi katalogowej z
odpowiednimi licencjami, instalacja, konfiguracja i wdrożenie oprogramowania realizującego funkcje usługi katalogowej, konfiguracja i wdrożenie funkcji zdalnego w trybie wirtualnej sieci prywatnej (VPN), uruchomienie i konfiguracja usług uwierzytelniania dostępu do sieci i jej użytkowników (NAC), wraz z 3 letnimi usługami gwarancyjnymi; Zadanie 8 - opracowanie polityki bezpieczeństwa informacji.
Z powyższego zakresu wynika, że sprzęt był mało istotnym składnikiem tego zamówienia. Główny zakres przedmiotu tego zamówienia to duże systemy szpitalne, takie jak HIS, ERP, Portal, E-usługi wraz z 3 letnimi usługami serwisowymi - co prowadzi do wniosku, iż nie mogły one kosztować tylko 218.300 zł brutto, czyli 177.479 zł netto.

Odwołujący kwestionuje zatem, iż podane na potwierdzenie spełnienia w/w warunku przez A. w ofercie doświadczenie w postaci zamówienia wykonanego dla rzecz SPZZOZ Szpital w I., obejmowało sprzęt komputerowy (w tym serwerowy) o wartości ponad 2.500.000 zł brutto.
Co prawda z protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej wynika, że dokumenty przedstawione przez A., w ramach dodatkowych wyjaśnień, mają rzekomo potwierdzać, że A. dokonało na rzecz SPZZOZ Szpital w I. dostawy sprzętu o wartości co najmniej 2.500.000 zł brutto, jednakże tok rozumowania zawarty w tym protokole, w kontekście całości zapisów Umowy referencyjnej, nie zasługuje na uwzględnienie. Nie sposób bowiem przyjąć by realizacja Umowy referencyjnej w zakresie zadań 1-3 oraz 8 stanowiła (przy założeniu, że sprzęt dostarczony przez A. w ramach zadań 4-7 stanowił nawet 50% wartości Umowy referencyjnej) w 85% dostawę sprzętu, a jedynie w 15% wdrożenia systemów HIS, ERP, Portal, E-Usługi oraz świadczone wobec nich usługi serwisowe, a taki właśnie wniosek należałoby wyprowadzić z protokołu Komisji Przetargowej, która uznała, że w ramach zadań 1-3 oraz 8 A. również dostarczało sprzęt do SPZZOZ Szpital w I.. Wartość tego sprzętu musiałaby bowiem stanowić 85% pozostałej wartości przedmiotu Umowy referencyjnej.
Co więcej wnioski wysnute przez Komisję Przetargową przeczą zasadom logicznego rozumowania. Nie sposób bowiem uznać, że sprzęt dostarczony przez A. do SPZZOZ Szpital w I. stanowił 92% wartości całej Umowy referencyjnej, zaś pozostałe usługi i dostawy, w tym wdrożenie oraz świadczenie 3 letnich usług serwisowych dla systemu HIS, ERP, Portal, E-usługi były warte jedynie 218.300 zł brutto, co stanowi 8% wartości Umowy referencyjnej.
Takie wnioski Komisji Przetargowej uznać należy za całkowicie nieuprawnione oraz nieuzasadnione. Przeczą bowiem praktyce rynkowej oraz zasadom realizacji i wyceny
zamówień z zakresu IT.
III.
Posiadając tak uzasadnione wątpliwości odwołujący podjął starania mające na celu weryfikację spełniania przez A. ww. wymogu SIWZ w ramach niniejszego postępowania.
W tym celu odwołujący skierował do SPZZOZ Szpital w I. w dniu 16 marca 2017 roku kilka pism z prośbą o udostępnienie informacji publicznej, w zakresie: wartości dostarczonego przez A., w ramach Umowy, sprzętu; informacji czy zmieniła się treść podpisanej przez A. z SPZZOZ w I. Umowy, Korespondencję wymienianą przez SPZZOZ w I. z Zamawiającym dotyczącą postępowania.

Pismem z dnia 29 marca 2017 roku SPZZOZ Szpital w I. udzielił odwołującemu odpowiedzi, że nie dysponuje informacjami wnioskowanymi przez odwołującego, a co za tym idzie odwołującemu nie udało się uzyskać wnioskowanych przez niego

informacji publicznych.
W wykonaniu wyroku KIO z dnia 10 marca 2017 roku, pismem z dnia 29 marca 2017 roku oraz 30 marca 2017 roku zamawiający zwrócił się do SPZZOZ Szpital w I. z prośbą o udzielenie informacji jaka była wartość sprzętu komputerowego (w tym serwerowego] dostarczonego przez A. na rzecz SPZZOZ w I. w ramach Umowy referencyjnej.
W dniu 5 kwietnia 2017 roku SPZZOZ Szpital w I. udzielił zamawiającemu odpowiedzi załączając stanowisko inżyniera kontraktu z dnia 4 kwietnia 2017 roku, które zostało utajnione z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.
Następnie dnia 6 kwietnia 2017 roku zamawiający wezwał A. do zajęcia stanowiska w sprawie. A. przesłało zamawiającemu swoje stanowisko w dniu 7 kwietnia 2017 roku obwarowując je jednakże tajnością z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.
W oparciu o wskazaną powyżej dokumentację przetargową, która nie została udostępniona odwołującemu przez zamawiającego, w dniu 14 kwietnia 2017 roku zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty A..
Odwołujący w dniu 18 kwietnia 2017 roku zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie dokumentacji przetargowej.
Zamawiający udostępnił odwołującemu taką dokumentację w dniu 20 kwietnia 2017 roku, jednakże odmówił wglądu i odtajnienia tej dokumentacji w zakresie odpowiedzi SPZZOZ Szpital w I. z dnia 5 kwietnia 2017 roku (wraz ze stanowiskiem Inżyniera projektu z dnia 4 kwietnia 2017 roku] na pismo zamawiającego dotyczące weryfikacji referencji A. z dnia 29 oraz 30 marca 2017 roku oraz wyjaśnień A. złożonych pismem z dnia 7 kwietnia 2017 roku w odpowiedzi na pismo zamawiającego.
Potwierdzenie odmowy wglądu i odtajnienia tej dokumentacji stanowi adnotacja zamieszczona przez zamawiającego na piśmie z wnioskiem o udostępnienie odwołującemu całości dokumentacji przetargowej.
W ocenie odwołującego nie istniały okoliczności uzasadniające odmowę odtajnienia oraz udostępnienia odwołującemu wnioskowanej przez zamawiającego dokumentacji albowiem nie mogła ona zawierać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Pytanie zamawiającego skierowane do SPZZOZ Szpital w I. dotyczyło bowiem globalnej wartości sprzętu, który został dostarczony w ramach realizacji Umowy referencyjnej, bez wyszczególniania wartości poszczególnych urządzeń. Co za tym

---

idzie SPZZOZ Szpital w I. udzielając odpowiedzi na tak zadanie pytanie nie ujawniał żadnych informacji, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie był bowiem zobowiązany do wskazania poszczególnych cen jednostkowych dostarczonego sprzętu oraz ujawnienia ewentualnych rabatów uzyskanych na etapie jego zakupu. Nie zachodziły zatem żadne przesłanki, które uzasadniałyby objęcie odpowiedzi w tym przedmiocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Pytanie dotyczyło bowiem wyłącznie wartości sprzętu, która w żaden sposób nie można zostać uznana za informację techniczną, technologiczną lub organizacyjną SPZZOZ Szpital w I..
Odwołujący wskazuje ponadto, iż żądana przez niego dokumentacja przetargowa w postaci pism, których odtajnienia i udostępnienia odmówił zamawiający nie może być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa z uwagi na to, że nie jest częścią oferty. Co więcej wykaz w zakresie dotyczącym realizacji zamówienia referencyjnego nie był tajny, skutkiem czego odpowiedzi i wyjaśnień udzielanych przez A. oraz SPZZOZ w I., w tym zakresie, również nie można obejmować tajemnicą przedsiębiorstwa. Takie działanie musi zostać uznane za bezzasadne i bezpodstawne.
Informacja dotycząca wartości sprzętu dostarczonego przez A. na rzecz SPZZOZ w I. w ramach realizacji referencyjnego zamówienia nie spełnia zatem żadnego z ustawowych warunków uznania jej za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.
Odwołujący wskazuje, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art.

11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana Informacja;
1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.
Odwołujący podsumowując zarzuca, iż w zakresie dokumentów i informacji objętych odwołaniem w/w przesłanki nie zostały spełnione.
W szczególności nie została spełniona pierwsza przesłanka legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Przesłanka ta wyłącza bowiem możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.
Podobnie rzecz dotyczy drugiej z przesłanek (nieujawnienie do wiadomości publicznej). Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną,

gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Odwołujący zakłada, iż ani zamawiający, ani też SPZZOZ w I., czy A. nie udowodnił (nie wykazał), iż przedmiotowe informacje dotyczące realizacji jawnej Umowy referencyjnej (zawartej z podmiotem publicznym) nigdy nie zostały nigdzie ujawnione. Wręcz przeciwnie - z uwagi na charakter wymaganych w warunku umów należy zakładać, iż posługiwano się doświadczeniem w nich zdobytym w licznych postępowaniach, oraz informowano choćby o samym fakcie zawarcia tych umów, w szczególności w ramach ogłoszeń o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim jednak z uwagi na charakter Umowy referencyjnej - należy przyjąć, że jej treść i tak była jawna - w postaci wzoru umowy ujawnianego w toku postępowania o jej zawarcie.
Odwołująca zarzuca również niespełnienie trzeciej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa: nie jest bowiem fizycznie, jak i przede wszystkim prawnie możliwe „postawienie tamy" czy zakazu w postaci jakichkolwiek środków prawnych czy faktycznych, która mogłaby zapobiec odtajnieniu żądanych informacji - a to wobec tego, iż informacje te są jawne z mocy ustawy i są dostępne w drodze informacji publicznej, a ponadto ich treść była upubliczniania w ramach procedur zamówieniowych (np. publikacja wzoru umowy czy ogłoszenia o wyniku przetargu o udzieleniu zamówienia). Informacje tego typu są elementarne i są to dane, które nie mają charakteru sensytywnego, zatem nie da się po prostu podjąć względem nich żadnych działań zapobiegających ich ujawnianiu w toku normalnych działań ustawowych.
Na zakończenie Odwołujący wskazuje, iż ciężar dowodu zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartej w dokumentacji przetargowej spoczywa na wykonawcy, który dokonał takiego zastrzeżenia. Powyższe potwierdzają liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, jak np. KIO 2036/12, KIO 331/12, 2255/11,
KIO 2260/11, KIO 2283/11, czy KIO 2294/11.
IV.
Zamawiający naruszył przepis art 7 ust. 1 i art 91 ust 1 Ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez A. jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy A. powinno zostać wykluczone, zaś oferta A. odrzucona, a także poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez odwołującego za najwyżej ocenioną i w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą

która powinna zostać najwyżej oceniona w świetle postawionych kryteriów oceny

ofert
Odwołujący ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust 1 Ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy odwołujący poniósł szkodę, gdyż jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Czynności i zaniechania zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie przepisów Ustawy przez zamawiającego uniemożliwia odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie może więc osiągnąć korzyści (zysku), które odwołujący zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.
Należy również stwierdzić, że wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenie przez zamawiającego przepisów Ustawy ma istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art 192 ust 2 Ustawy. Czynności i zaniechania zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
Odwołujący przekazał kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu). Niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust 1 pkt 1) Ustawy.
Z uwagi na powyższe niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego i

zawnioskowanych z niej dowodów, jak również dowodów przedłożonych na rozprawie przez strony oraz przystępującego, Izba dokonała ustaleń jak poniżej.

Pełnomocnik odwołującego złożył dowody celem udowodnienia okoliczności na jakie powoływał się w odwołaniu.
To jest następujące dokumenty:
1.Wyciąg ze specyfikacji w SIWZ z dnia 12 listopada 2013 r. numer sprawy UB/05/2013. specyfikacja dla SP i SPZZOZ w l. w postepowaniu na środowisko teleinformatyczne dla SP i SPZZOZ w l. dla gromadzenia przetwarzania danych medycznych dokumentacji medycznej w systemie elektronicznego obiegu dokumentów oraz przetwarzania i udostępniania e-usług dla pacjentów. (Wyciąg ze specyfikacji). Wyciąg z SIWZ zawiera OPZ dla zadania numer 1.
2.Wyciąg z SIWZ numer sprawy UB/05/2013 r. z dnia 12 listopada 2013 r. załącznik numer 2 OPZ dla zadania 2.
3.Wyciąg z SIWZ numer sprawy UB/05/2013 r. z dnia 12 listopada 2013 r specyfikacja dla SP i SPZZOZ zawiera OPZ dla zadania numer 3.
4. Wyciąg z SIWZ numer sprawy UB/05/2013 r. z dnia 12 listopada 2013 r. załącznik numer 17 tj. opracowanie polityki bezpieczeństwa informacji.
5. Wyciąg z SIWZ numer sprawy UB/05/2013 r. z dnia 12 listopada 2013 r. Projekt umowy.
Odwołujący wskazał, że zawierają one najistotniejsze elementy dla udowodnienia argumentacji zarzutów podniesionych w odwołaniu.
Pełnomocnik przystępującego zgłosił dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa stanowiący zestawienie kosztowe w postępowaniu (kosztów nabycia sprzętu IT) w postępowaniu prowadzonym przed SPZZOZ w l. przywoływanym przez odwołującego, na dowód, iż spełnia warunek udziału w zakresie 2,5 mln zł dostarczenia sprzętu komputerowego w tym serwerów, przedkłada w dwóch egzemplarzach dla Izby oraz zamawiającego, bez przekazania dokumentu odwołującemu ze względu na zastrzeżoną przez zamawiającego SPZZOZ w l. tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowi zobrazowanie kosztowe dostarczonego sprzętu, przy czym zestawienie to wynika z wyjaśnień, które składał przystępujący w postępowaniu przed zamawiającym, które to wyjaśnienia są objęte

tajemnicą przedsiębiorstwa według decyzji zamawiającego.
Pełnomocnik odwołującego co do złożonych wniosków przygotował oferty bieżące na sprzęt. Oferty które odpowiadają wymaganiom w SIWZ w postępowaniu SPZZOZ w I. dla zadań 1, 2, 3 oraz 8, przy czym przyznał iż zamierzał składać ofertę dla zamawiającego w SPZZOZ w I. w 2013 r. ale związku z tym pierwsze postępowanie SPZZOZ I. unieważniła, drugie zostało ogłoszone w listopadzie 2013 r. i wówczas nie przystąpił. Dzisiaj dysponuje ofertami aktualnymi, ale jako gracz na rynku komputerowym stwierdza, że ceny w związku z upływem trzech lat od postępowania SPZZOZ w I. mają charakter spadkowy, (według wiedzy B. L.

specjalisty do spraw sprzedaży Pracującej w C. H. S. A. ponad rok przedtem pracowała wydziale sprzedaży, ale w innej firmie, ale też sprzedającej sprzęt IT i w związku z tym wiarygodnie oświadczyła) sprzęt maksymalnie był droższy 50 % a minimalnie na poziomie 40-50 % był droższy natomiast ceny, które przedstawia w dowodach są podane na dzień dzisiejszy. Nie są istotne kwestie zmian cen na zamówienie SPZZOZ w I. a aktualne zamówienie, które jest przedmiotem sporu, ponieważ według twierdzenia odwołującego sprzęt dla SPZZOZ w I. wynosił na poziomie kilkuset tysięcy (kwota około 250 tys. zł).
Złożono w trzech egzemplarzach oferty, są składane po dwie na każdy komponent sprzętowy z wyjątkiem monitora wieloformatowego gdzie oferta jest jedna i z wyjątkiem info kiosków gdzie są oferty trzy. Przedłożone oferty następującego rodzaj sprzętu 1. Czytnik OCR producent C.. Do identyfikacji pacjenta z dowodu osobistego i paszportu z załącznika numer jeden oferta pierwsza dla zdania numer jeden. Gdzie opis jest na stronach 62 i 63. Pierwsza strona przedstawiają cenę. Druga strona dane techniczne czytnika. Strona 3 opis urządzenia. Pierwsza oferta Dystrybutor K. E. model COMBO SMART. Druga oferta C. EL na inny model Czytnika, model: OCR KOMBO SKAN i dystrybutor firma K. EL. Pierwsza strona przedstawiając cenne druga strona specyfikacja techniczna. 2. Skaner dokumentów firmy C. i P. Pierwsza oferta: Producentem jest firma C. nazwa urządzenia SKANER DR-G1130, model (…), pierwsza strona formularz cenowy. Druga strona parametr techniczny produktu strona trzecia i czwarta c.d. Druga oferta jest firma P., producent P.. Model: OPTIC BOOK A300 strona pierwsza zawiera ofertę cenową. Druga strona zawiera specyfikacje techniczną i tak samo trzecia i czwarta strona. 3. Monitor wielkoformatowy z szybą ochronną LCD 46. Pierwsza strona zawiera cenę. Druga opis techniczny. Pierwsza oferta firmy N. z dnia 5 maja 2017 r. dotyczy info kiosku. Jedna strona cena ofertowa. Druga oferta W. P. i opis techniczny zawiera cenę i opis techniczny. Trzecia oferta przez R. z K. zawiera ceny i korespondencja mailowa mieszcząca się na trzech stronach. 5. Zestawienie dla zadania 1, 2, 3 i 8. Spis urządzeń zawiera: model/dystrybutora, cena jednostkowa cena brutto.
Jednocześnie wyjaśniono, że ceny podane w zestawieniu są cenami wybranym najdroższymi ze złożonych ofert. Ceny, które są podane w zestawieniu są cenami znacznie niższymi niż ceny wykazane w referencji. Odwołujący wnosił o przyjęcie w poczet postępowania dowodów dokumentów złożonych w czasie posiedzenia na okoliczności i zarzuty dołączone do odwołania oraz podnosił, że utajnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu jest nie uzasadnione. Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania stwierdzając, że przede wszystkim złożone wnioski dowodowe są niewiarygodne wobec upływu czasu od prowadzonego postępowania przed Szpitalem w I. oraz Izba musiałaby dokonać analiz sprzętu, co do parametrów w aktualnym postępowaniu oraz postępowaniu prowadzonym uprzednio. Również kwestionuje sprawę gwarancji sprzętu wynikającej z przedstawionych ofert. Z kolei przystępujący popierając stanowisko zamawiającego i uzupełniająco dodał, że

wnosi o niedopuszczenie dowodów z ofert biorąc pod uwagę w szczególności, iż ofert w postepowaniu przez SSPOZZ I. pochodziły z na przełomie lat 2013 r. i 2014 r., bo wówczas było prowadzone postępowanie i realizowana umowa a powszechnie jest znana żywotność sprzętu komputerowego i można uznać że część z niego nie funkcjonuje na rynku w takim stanie technicznym jak wówczas z uwagi na postęp techniczny oferowanego sprzętu poza tym uważa, że odwołujący powinien wykazać się ofertami archiwalnymi tj. pochodzącymi z

tego okresu, bowiem trudno stwierdzić czy dzisiaj pokazany sprzęt, jako dowód oferty z 2017 r. w zakresie wymogów w SIWZ wówczas prowadzonych postępowaniach jest tożsamy związku z tym uważam że trudno odnosić się do sprzętu przedstawionego dzisiaj na rozprawie w sposób losowy. Zamawiający odnosząc się co do losu dokumentów z SIWZ w postępowaniu przed Szpitalem I. stwierdził, że kwestia dokumentu w SIWZ była przedmiotem rozstrzygnięcia inicjatywę dowodową w tym zakresie dokumentów odwołujący już podnosił w postepowania KIO sygn. akt 339/17 i związku z tym wniósł o przeprowadzenie przez Izbę dowodu z protokołu i uzasadnienia wyroku KIO o Sygn. akt KIO 339/17. W protokole z rozprawy KIO o Sygn. akt KIO 339/17 podnoszone były kwestie przez odwołującego, co do treści postanowień w SIWZ przed Szpitalem w I. w zakresie przedstawionym a w szczególności wzoru umowy jak również była podnoszona kwestia wartości sprzętu. Pełnomocnik zamawiającego stwierdził, że powołuje się na uzasadnienie wyroku o sygn. akt KIO 339/17 strona, 19 i 20, która wymienia dowody, które były przedłożone.
W poczet materiału dowodowego w niniejszej sprawie zalicza się Wyrok Izby o Sygn. akt KIO 339/17 wraz z jego uzasadnieniem. Z powyższego Wyroku KIO i jego uzasadnienia wynika, że Izba nakazała powtórzenie czynności badania oferty wykonawcy wybranego w zakresie spełnia warunków udziału to jest „wartości dostarczonego sprzętu komputerowego w tym sprzętu serwerowego". Nakazując zamawiającemu wystąpienie do Szpitala w I., który prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z którego doświadczenie zawodowe przywołał w swojej ofercie przystępujący/ wykonawca wybrany. Na rozprawie po zamknięciu posiedzenia wobec nie zgłoszenia wniosku o odrzucenie odwołania zamawiający podniósł następującą argumentację w sprawie. Stwierdził, że rozważał kwestię podniesienia zarzutu o odrzucenie odwołania z uwagi na to zamawiający wykonał nakaz Wyroku Izby o Sygn. akt KIO 339 /17. Nie mniej z uwagi na to, że wykonując tę czynność tj. wystąpień do Szpitala w I. i udzieloną odpowiedź przez ten Szpital zaistniały nowe okoliczności, chociaż nakazane przez Izbę ale wytypowane w Wyroku elementy mogą podlegać ocenie czy to przez uczestników postępowania przed zamawiającym a w konsekwencji do badania oceny przez Izbę. W związku z tym po dokonaniu takiej analizy zamawiający nie składał wniosku o odrzucenie odwołania to jest wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 4 i 5 ustawy. Natomiast zamawiający w czasie rozprawy zażądał odrzucenia dowodów

zarówno dotyczących postanowień SIWZ jak i co do ofert sprzętowych przedłożonych na posiedzeniu podnosząc o rozstrzyganiu tych kwestii w sprawie o Sygn. akt KIO 339/17. „Chciałbym nadmienić że dowody z postanowień z SIWZ, które otrzymaliśmy dzisiaj na posiedzeniu były przedłożone przez odwołującego w poprzedniej sprawie również przez Przystępującego. Jeżeli chodzi o oferty to one były w formie oświadczeń Odwołującego, które miały wskazywać na wartość sprzętu przed postępowaniem w I. zgodnie z wyobrażeniem i wiedzą Odwołującego. Nie zgadzam się, aby zasadne było, iż Odwołujący ponawiał ten sam rodzaj dowodów w stosunku do poprzedniego prowadzonego postępowania dowodowego. Pełnomocnik radca prawny, który uczestniczy w postępowaniu stwierdza, że jest zbieżność zarzutów odwołania a które wyartykułowane na stronie 1 i 2 uzasadnienia oraz że przywołane dowody w uzasadnieniu wyroku na str. 19 i 20 są wyczerpujące. W związku z powyższym wnosi o oddalenie złożonych dowodów. Przede wszystkim podkreślamy, że dowody, które dzisiaj zostały złożone na posiedzeniu przez Odwołującego mogły być złożone, bo nie było przeszkód z ich złożeniem w sprawie KIO sygn. akt 339/17. Rozumując poprzednie postępowanie przed Izbą. Izba wydając wyrok uznała, że wówczas odwołujący uprawdopodobnił, że istnieją wątpliwości, co do tego, „że istnieją wątpliwości, co do wartości sprzętu komputerowego (w tym serwerowego) dostarczonego w ramach realizacji zamówienia na rzecz SPZZOZ szpitala w I., do którego odwoływał się Odwołujący. Uważam, że jest to kwintesencja wątpliwości, które zdecydowały o treści wyroku w poprzednim wyroku. Reasumując wyrażamy, że przedmiotowe dowody z powodów, których już wspominaliśmy powyżej winny być przez Izbę niedopuszczone."
Stanowisko zamawiającego poparł przystępujący „dowody, które składał na posiedzeniu Odwołujący mogły być złożone w poprzednim postępowaniu w sprawie wyroku KIO Sygn. akt 339/17 w mojej ocenie przedmiotem rozważań Izby powinna być kwestia zastrzeżenia tajemnicy, który podnosił Odwołujący jak i treści udzielonych odpowiedzi przez Szpital w I. z związku poprzednim

wyrokiem. Uważam,
że nie ma instytucji częściowego odrzucenia
odwołania w związku z tym nie wnoszono o jego odrzucenie na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy chciałbym jeszcze uzupełniająco wskazać pierwszy akapit na stronie 22 uzasadnienia wyroku gdzie mówi się, iż dopiero po informacji ze szpitala w I. w zakresie wartości sprzętu Zamawiający będzie mógł z całą pewnością przesądzić czy Wykonawca wybrany spełnia warunek wiedzy i doświadczenia a także wtedy dopiero będzie możliwa ocena czy takie przesłanki z art. 24 ust 16 i 17 występują. W związku z tym uważam, że tylko w tym zakresie Izba powinna dokonać oceny wniesionego aktualnie odwołania tj. czynności oceny Zamawiający spełnienia kwestionowanego warunku doświadczenia". Odwołujący nie zgadzając się „W tym miejscu kwestionuje i nie zgadza się z wnioskami, co do nie dopuszczenia dowodów oraz zakresu rozstrzygania przez Izbę, ponieważ dlaczego na posiedzeniu Zamawiający i Przystępujący nie złożyli wniosków o odrzucenie odwołania jak

---

wskazuje na art. 189 ust. 4 i 5 i podnoszę, iż rozpoznanie zarzutów mojego odwołania powinno być ograniczone. Reasumując stwierdzam, że Izba na posiedzeniu dała czas Zamawiającemu i Przystępującemu do złożenia wniosków właściwych na posiedzeniu i takie wnioski nie zostały złożone tj. w zakresie ewentualnego odrzucenia albo też nie rozpoznania pewnych zarzutów. W związku z tym proszę o potraktowanie wniosków teraz złożonych na rozprawie, jako spóźnionych i też podkreślam, że te wnioski są błędne pod względem merytorycznym". Dalej odwołujący odnosząc się do kwestii podnoszonej przez pełnomocnika zamawiającego i przystępującego, że dowody, które dzisiaj zostały złożone były już złożone w poprzednim postępowaniu, a równocześnie mogły być złożone poprzednio w kontekście sentencji i wybranych przywołanych elementów uzasadniania wyroku stwierdził „Pełnomocnik Odwołującego popiera nadal swoje złożone dowody wskazując na treść art. 190 ust 1 jak i ust 6 tj. możliwość składania dowodów aż do zamknięcia rozprawy a odmowa Izby przyjęcia dowodów może wystąpić jedynie, gdy okoliczności, na które powołuje się dowód zostały już wyjaśnione innymi dowodami a także, jeżeli są powoływane jedynie dla zwłoki. Natomiast skoro odwołanie podlega merytorycznemu rozpoznaniu to Odwołujący ma prawo do powoływania nowych dowodów, które nie były składane w poprzednim postępowaniu i należy ocenić je w kontekście przywołanych w uzasadnieniu dowodów w wymienionych na stronie 19 i 20 uzasadnienia gdzie był inny katalog tych dowodów a bez tych dowodów, które zgłaszam nie mogę prezentować i udowodniać swoich zarzutów. Skoro Izba w poprzedniej sprawie uznała, że dostawa mogła nie mieć odpowiedniej wartości to mogę do końca rozprawy w tym zakresie składać wszelkie dowody, ponieważ Izba w poprzednim postępowaniu poparła nasze zarzuty. Uważam, że jak Izba nie przyjmie moich dowodów nie będzie wstanie wszechstronnie rozważyć naszego odwołania. Co do kwestionowania wartości przedstawianych przez nas dowodów to powszechnie znany jest fakt, że sprzęt oferowany w tamtym postępowaniu nie mógł być 3 lub 4 krotnie droższy również oczekuje odtajnienia złożonych dzisiaj na posiedzeniu dowodów przez
przystępującego i udostępnienia nam do wglądu celem odniesienia się, ponieważ powinien być to dokument jawny postępowanie powinno być transparentne z uwagi, iż dokument dotyczy kosztów, jakie poniósł na sprzęt w postępowaniu prowadzonym przez SPZZOZ. Odnosząc się do stanowiska Przystępującego że Izba musiałaby wykazać się odpowiednią wiedzą i fachowo przeprowadzić analizę porównywania sprzętu, jaki był wymagany w szpitalu w I. w kontekście sprzętu jego parametrów, które cechuje sprzęt dzisiaj złożonych dowodach. Odwołujący stwierdza, że przed wszystkim takich wymagań nie formułuje wobec Izby a także przygotował dzisiaj sprzęt o parametrach takich, jakie były wymagane w szpitalu w I. tj. gdyby miał złożyć ofertę do szpitala w łłży to o takich parametrach. Oświadczam w tym miejscu, że 2013 r. unieważnione postępowanie było odnowione i zakres sprzętowy w tym postepowaniu po jego odnowieniu był adekwatny do postepowania unieważnionego a

---

myśmy wtedy przygotowali ofertę tj. na to unieważnione postępowanie w zakresie sprzętu na

kwotę blisko 885 tys. 600 zł a mimo to nadal Przystępujący twierdzi, że miał tam doświadczenie na poziomie 2 mln 500 tys. zł. My oświadczamy że przygotowaliśmy sprzęt technicznie odpowiadając mimo że aktualnie występującym na rynku wymaganiom w SIWZ z 2013 r. i nie możliwym jest nawet, gdy były rozbieżności, że dla przykładu czytnik dokumentów, który my oferujemy kosztuje około 2.380,00 zł cena jest ogólna dla partnera będzie niższa. A jeżeli byśmy przyjęli wiarygodność przyjętych wycen wykazie dostaw to taki czytnik mógłby kosztować 3 albo 4 razy więcej".
Pełnomocnik Przystępującego radca prawny wycofał wniosek dowodowy stanowiący ujęcie kosztowe łącznej wartości sprzętu dostarczonego do szpitala w I. związku z żądaniem odtajnienia tego dokumentu przez radcę prawnego Odwołującego. Uważa, że Izba jest wstanie dokonać oceny sumy sprzętów dostarczonych na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy postępowania wyjaśniającego na skutek wyroku KIO sygn. 339/17. Izba dokonała zwrotu złożonego dowodu.

Zamawiający na rozprawie oświadczył: „W tym miejscu pełnomocnik oświadcza, że kopie ofert są złożone w sprawie KIO sygn. 339/17. Składając oferty obydwaj oferenci, co do przedmiotu oferowanego częściowo zastrzegli tajemnice a częściowo nie zastrzegli. Zamawiający rozstrzygając tą kwestie utrzymał zastrzeżenia tajemnicy natomiast w obu przypadkach program wdrożenia sytemu informatycznego był objęty tajemnicą, koncepcja wdrożenia była utajniona".
Zamawiający odnosząc się do nakazu wyjaśnienia doświadczenia zawodowego wykonawcy wybranego zgodnie z sentencją Wyroku Izby z dnia 10 marca 2017 roku o Sygn. akt KIO 339/17 przywołał na tę okoliczność następujące dowody z dokumentów, które Izba przyjęła w poczet dowodów. Dowód numer 1. Pismo z dnia 29 marca 2017 r skierowane przez zmawiającego do Szpitala w Iłży. Zwróciliśmy się do Szpitala w I., aby zgodnie z Wyrokiem Izby podał wartość sprzętu komputerowego w tym serwerowego w ramach postępowania, przy czym z tym pismem zapoznawał się odwołujący.
Dowód numer 2. Pismo z dnia 19 kwietnia 2017 r. ze Szpitala w I. dokument utajniony przez Szpital w I.. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że utajnił załącznik do obydwu pism zarówno z dnia 4 kwietnia 2017 roku jak i dnia 19 kwietnia 2017 roku na podstawie dekretacji przez wystawcę załączników gdzie jest uwaga, dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy ZNK. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że „O tym, iż złączniki do tych pism zostały objęte tajemnicą nastąpiło z uwagi na klauzule na tym piśmie i okoliczność, że ta informacja pochodziła od podmiotu trzeciego, który nie jest podmiotem publicznym i art. 11 ust 4 ZNK ma byt niezależny od regulacji art. 8

---

w ustawie o PZP. W związku z tym uznaliśmy że bez względu na okoliczność w tym zakresie nie było żadnych wniosków ze stron uczestników naszego postępowania w tym rozumiemy przystępującego, ponieważ klauzula ta nie wynika z procedury ustawy". Na rozprawie Izba przeprowadziła dowody z pism na których zastrzeżono klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa. Pismo utajnione ma datę 4 kwietnia 2017 r. pismo było wysyłane elektroniczne jako skan oraz pocztą. Treść tego pisma, co do zasady jest tożsama, różnica jedynie dotyczy zapisu kwoty słownie, wyjaśnienie zaistniałej omyłki. Zamawiający odnosząc się do treści zastrzeżonego pisma Inżyniera kontraktu z dnia 4 kwietnia 2017 roku stwierdził, że odnosząc się procesowo to uważa, że dla rozstrzygnięcia sprawy nie ma żadnego znaczenia odtajnienie tego pisma, bo ma charakter zero jedynkowy i odpowiada na nakaz wyroku Izby.
Dowód Numer 3. Pismo zamawiającego do przystępującego z dnia 6 kwietnia 2017 r. w związku z wyrokiem Izby o Sygn. akt KIO 339/17 o zajęcie stanowiska; pismo zamawiającego zostało udostępnione odwołującemu. Na to pismo odpowiedział przystępujący pismem z dnia 7 kwietnia 2017 r. składając jednocześnie wniosek o zachowanie tajemnicy z uzasadnieniem zawartym na pięciu stronach wraz z załączonymi dowodami. Dokumenty zastrzeżone przez przystępującego znajdują się na stronach od 42 do 88 przekazanej do Izby dokumentacji postępowania zamawiającego. Zamawiający uznał, że dokumenty ma obowiązek zastrzec, ponieważ było to wystąpienie nie wskutek nakazu Izby ani w ramach PZP a jedynie z uwagi na bezpieczeństwo zamawiającego przy podjęciu czynności, co do wyboru najkorzystniejszej oferty i w szczególności z uwagi na załączniki jakimi są dokumenty wewnętrzne księgowe, skarbowe, faktury czy też zawarta umowa.

Dowód numer 4. informacja z dnia 14 kwietnia 2017 r. o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej to jest oferty przystępującego w niniejszej sprawie.
Przystępujący popierając stanowisko zamawiającego wskazał, że na wezwanie zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2017 roku przedłożył faktury zakupu np. sprzętu komputerowego, rejestry VAT są to dane zagregowane zbiorczo oraz indywidulane faktury, które wskazują na źródła zakupy i ceny. Rozstrzyganie przez Izbę zarzutu odtajnienia wskazuje na zakres w tym zakresie zarzutów ujętych w odwołaniu a nie w związku ze złożeniem dokumentów przez przystępującego w sprawie. Reasumując dokumentacja księgowa przystępującego jest najbardziej uprawniona jako dokumentacja do utajnienia.
Odwołujący odnosząc się do przedstawionych dowodów wskazał, że dokumenty złożone przez podmioty trzecie wchodzą w skład dokumentacji postępowania i nie ma powodu do ich udostępnienia z powodu ich złożenia przez podmioty trzecie.
Odwołujący powołał się na art. 61 i 54 ust 1 Konstytucji, według której obywatel ma prawo zapoznać się z dokumentami organów władzy publicznej, zapewnia się w tym zakresie wolność i prawa obywatelom ochrony naszych interesów w postępowaniu. Odnosząc się do faktur zakupowych to nie mogą być one dowodem w wykazaniu doświadczenia

zawodowego, bo mogą być tylko takimi dokumentami faktury sprzedaży na rzecz szpitala w Iłży, bo w ten sposób dokumentami można kreować rzeczywistość sztuczną czyli nieistniejącą. Zamawiający powinien oceniać dokumenty nie przez pryzmat podmiotu trzeciego tylko przez pryzmat obowiązującego w postępowaniu prawa. Ponadto są to informacje publiczne i powołuje się na art. 35 ustawy o finansach publicznych, który mówi że wykonawcy mają prawo weryfikacji a skoro wykaz i referencje były jawne to w związku ze złożonymi do nich wyjaśnieniami nie ma zasadności do utajnienia złożonych wyjaśnień.
Odwołujący domagał się dokonania oceny podnoszonych przez niego zarzutów również w oparciu o wyjaśnienia przystępującego złożone na prośbę zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2017 roku, ponieważ w jego ocenie nie mogą one świadczyć o tym, iż można było wykonać zamówienie za kwotę 2 mln 700 tys. zł gdzie na usługi w postaci wdrożenia systemu dostarczenia oprogramowania wchodziłoby tylko około 200 tys., takie wyjaśnienia dokumentu temu służące są, co do zasady niewiarygodne.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do wnioskowanych przez zamawiającego i przystępującego dowodów, Izba nie dopuściła dowodów z dokumentów przedłożonych przez przystępującego po wydaniu Wyroku Izby z dnia 10 marca 2017 r. w sprawie o Sygn. akt KIO 339/17, to jest dokumentów złożonych przy piśmie z dnia 7 kwietnia 2017 roku (posiadających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) na wezwanie zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2017 roku, które zostały opisane powyżej w ustaleniach Izby. Brak dopuszczenia w sprawie tych dowodów wynika z okoliczności, że Izba przy rozstrzyganiu sprawy nie uwzględniała dokumentów złożonych przez przystępującego w dniu 7 kwietnia 2017 roku. W konsekwencji, nie dopuszczenia tychże dowodów, staje się bezprzedmiotowe rozpoznanie wniosku odwołującego, co do odtajnienia tychże dokumentów jako mających znaczenie, dla rozpoznania zarzutów odwołania. Sam zresztą zamawiający na rozprawie oświadczył, że prośba do przystępującego wyrażona w piśmie z dnia 6 kwietnia 2017 roku, miała na celu raczej przekonanie się zamawiającego co do słuszności podjętych decyzji, a nie co do wykonania nakazu Wyroku Izby w sprawie Sygn. akt KIO 339/17. Bowiem ww. Wyrok KIO nakazywał wystąpienie na podstawie paragrafu 2 ustęp 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia do Szpitala w I..

Izba z kolei nie dopuszczając dowodów wnioskowanych przez odwołującego, w zakresie

ofert sprzętu komputerowego, postanowiła o odmowie ich przyjęcia, z uwagi na datę pochodzenia składanych ofert w czasie rozprawy. Bowiem oferty składane przez odwołującego pochodziły z 2017 roku, który to okres jest nieadekwatny do okresu prowadzonego postępowania przez Szpital w I. to jest 2013 i 2014 roku. Na powyższe stanowisko Izby nie miało wpływu, powoływanie się przez odwołującego na powszechnie występujące w handlu sprzętem komputerowym tendencje spadkowe cen, które mogły nie odnosić się do akurat oferowanego sprzętu dla Szpitala w I.. Słuszna była też argumentacja zamawiającego i przystępującego, co do braku wykazania przez odwołującego równoważności oferowanego sprzętu komputerowego w zakresie parametrów technicznych sprzętu oferowanego dla Szpitala w I. przez przystępującego (lata 2013/2014), a prezentowanym sprzętem na rozprawie przez odwołującego (z 2017 roku). Tym bardziej, że odwołujący przyznał na rozprawie, że składał ofertę do Szpitala w I. ale wobec unieważnienia pierwszego postępowania po raz drugi już nie składał oferty. Tak więc odwołujący chcąc udowodnić podniesiony zarzut nierzeczywistej wartości sprzętu komputerowego przedstawionego w złożonym Wykazie dostaw przez przystępującego, mógł posłużyć się własną ofertą składaną do szpitala w I.. Zresztą dowód taki mógł odwołujący również złożyć już w sprawie o Sygn. akt KIO 339/17 gdzie posługiwał się jedynie własnymi oświadczeniami, na co wskazywali zamawiający i przystępujący na rozprawie.
W ocenie Izby, materiał wynikający z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, przedstawionej do akt sprawy przez zamawiającego, zwłaszcza opisane powyżej wystąpienie do Szpitala w I. i udzielona odpowiedź potwierdzająca wartość sprzętu komputerowego wraz z załącznikiem to jest oświadczeniem Inżyniera kontraktu, jest dowodem na wykonanie nakazu z wyroku Izby w sprawie o Sygn. akt KIO 339/17. Przy czym Izba nie uwzględniła żądania odwołującego odtajnienia oświadczenia Inżyniera kontraktu, który potwierdził wartość dostarczonego sprzętu komputerowego, ponieważ zamawiający
Szpital w I. potwierdził zgodnie z nakazem Izby w wyroku KIO 339/17 wartość wymaganego sprzętu komputerowego (w tym sprzętu serwerowego). W związku z tym, że oświadczenie Inżyniera kontraktu ma charakter pomocniczy a nie decydujący w świetle przywołanego powyżej Wyroku KIO, zniesienie przez Izbę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie ma decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy i orzekła jak w sentencji wyroku.
O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

---

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 ze zm.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego kwotę 3.600,00 złotych na rzecz zamawiającego stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego według rachunku.

Przewodniczący: ……