Sygn. akt: KIO 59/21

WYROK

z dnia 4 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o.**z siedzibą w Opolu przy ul. Oleskiej 121 (45-231 Opole)w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **SP ZOZ Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Mokotów** z siedzibą w Warszawie przy ul. Madalińskiego 13 (02-513 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **Atende Medica Sp. z o.o.**z siedzibą w Warszawie przy Al. Wilanowskiej 313 (02-665 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów wskazanych w pkt 3, 4 i 6 *petitum* odwołania tj. zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) z uwagi na ich cofnięcie przez odwołującego.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o.**z siedzibą w Opolu i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:…….

Sygn. akt: KIO 59/21

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

SP ZOZ Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Mokotów z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usługi opieki serwisowej oprogramowania systemu MEDICOM przez okres 24 miesięcy lub dostarczenie rozwiązania równoważnego tj. dostawa i wdrożenie nowego Zintegrowanego Systemu Informatycznego wraz ze świadczeniem usługi opieki serwisowej oprogramowania przez okres 24 miesięcy* (znak sprawy: SZP.26.1.26.2020), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 grudnia 2020 r., pod numerem 763242-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 4 stycznia 2021 r. wykonawca Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej: „wykonawcą”;
- nieprawidłowym uznaniu, że przedstawione przez wykonawcę informacje zawarte w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), zwanej dalej: „ZnkU”;
- zaniechaniu wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji, w której zamawiający, działając z należytą starannością, powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty wykonawcy w kontekście ceny zaoferowanej za dostawę i wdrożenie nowego Zintegrowanego Systemu Informatycznego („ZSI”);
- zaniechaniu wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji, w której w ofercie wykonawcy nie zawarto informacji o nazwie i wersji oferowanego przezeń oprogramowania bazodanowego oraz oprogramowania systemowego niezbędnego do uruchomienia ZSI, co utrudnia, a wręcz uniemożliwia weryfikację zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”);

zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z uwagi na fakt, że w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1 SIWZ;

ewentualnie:

zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z uwagi na fakt, że w wyniku co najmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1

SIWZ;
ewentualnie:
zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1 SIWZ w sytuacji, w której pierwotnie złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania ww. warunku;
- zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.2 lit. b tiret pierwsze SIWZ w sytuacji, w której pierwotnie złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania ww. warunku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę; 2) art. 8 ust. 1 i 3 Pzp przez nieprawidłowe uznanie, że przedstawione przez wykonawcę w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia i uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ZnkU, podczas gdy wykonawca nie wykazał, zgodnie z przywołanym przepisem Pzp, że w odniesieniu do zastrzeżonych informacji zachodzą przesłanki uzasadniające ograniczenie w stosunku do nich zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3) art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty w zakresie dostawy i wdrożenia ZSI w sytuacji, w której zważywszy na zaoferowaną przez wykonawcę za ten element zamówienia cenę i wymagania zamawiającego wynikające z załącznika nr 3 do SIWZ –*Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia rozwiązania równoważnego…* (dalej: „SOPZ"), zamawiający działając z należytą starannością powinien był powziąć wątpliwości co do możliwości zrealizowania tego elementu zamówienia zgodnie z postawionymi mu wymaganiami;
4) art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w zakresie nazwy i wersji oferowanego oprogramowania bazodanowego oraz oprogramowania systemowego niezbędnego do uruchomienia ZSI w sytuacji, w której – zważywszy na zaoferowaną przez wykonawcę cenę za dostawę i wdrożenie całego ZSI (którego elementem są wskazane powyżej rodzaje oprogramowania) – zamawiający i odwołujący nie byli w stanie ocenić, czy zaoferowany przez wykonawcę system spełnia wymagania szczegółowo opisane w SOPZ;
5) art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na fakt, że w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1 SIWZ, w odniesieniu do wynikającego z niego wymagania, aby systemy ZSI dla których wykonawca świadczył usługi asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego) obejmowały grupę minimum 300 użytkowników każdy;
ewentualnie:
art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na fakt, że w wyniku co najmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1 SIWZ, w odniesieniu do wynikającego z niego wymagania, aby systemy ZSI dla których wykonawca świadczył usługi asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego) obejmowały grupę minimum 300 użytkowników każdy;
ewentualnie:
art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia, względnie wyjaśnienia, dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1 SIWZ (wykazu usług i referencji), ponieważ ze złożonego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 Pzp wykazu i załączonych do niego referencji nie wynika, aby wykonawca wykonał, bądź wykonywał co najmniej dwie usługi w dwóch różnych podmiotach (u dwóch różnych zamawiających), których przedmiotem było świadczenie asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego) do systemów ZSI obejmujących grupę minimum 300 użytkowników każdy, przez minimum dwa kolejne lata u jednego zamawiającego;
6) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia, względnie wyjaśnienia, dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.2 lit. b tiret pierwsze SIWZ (wykazu osób), ponieważ ze złożonego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 Pzp wykazu oraz z przesłanego następnie oświadczenia wykonawcy z 29 grudnia 2019 r. nie wynika jakiego rodzaju certyfikatem zarządzania projektami IT dysponuje osoba wskazana przez wykonawcę na stanowisko kierownika projektu;
a w konsekwencji opisanych powyżej naruszeń:
7) art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażające się w szczególności wyborem oferty wykonawcy przy braku weryfikacji zgodności oferty z SIWZ, zaoferowanej ceny, czy spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia wyboru oferty wykonawcy;
- ponownego badania i oceny ofert, w tym:
• wezwania wykonawcy, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny oferty w części obejmującej dostawę i wdrożenie ZSI spełniającego wymagania zamawiającego;
• wezwania wykonawcy, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a to nazwy i wersji oferowanego oprogramowania bazodanowego oraz oprogramowania systemowego niezbędnego do uruchomienia ZSI, co umożliwi zamawiającemu i odwołującemu weryfikację zgodności treści oferty wykonawcy z SIWZ, zwłaszcza w kontekście nierealnej, zdaniem odwołującego, ceny za dostawę i wdrożenie ZSI spełniającego wymagania zamawiającego;
• uznania za bezskuteczne objęcia przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia i uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienia tych informacji odwołującemu;
• wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na fakt, że w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, opisany w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1 SIWZ;
ewentualnie:
wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na fakt, że w wyniku co najmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1

SIWZ;
ewentualnie:
wezwania wykonawcy, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia (względnie – wyjaśnienia) dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1 SIWZ;
• wezwania wykonawcy, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia (względnie – wyjaśnienia) dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.2 lit. b tiret pierwsze SIWZ
Ponadto odwołujący wniósł o:
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, zastrzegając jednocześnie możliwość przedstawienia dalszych dowodów bezpośrednio na rozprawie;
- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył ważną ofertę w postępowaniu, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. W ocenie odwołującego w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych w petitum odwołania przepisów zamawiający wybrał ofertę, która w przedmiotowym stanie faktycznym nie mogła być uznana za najkorzystniejszą, a ponadto została złożona przez podmiot, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji, w wyniku nakazania zamawiającemu przez Izbę wykonania czynności, których przeprowadzenia domagał się odwołujący, mogło dojść do odrzucenia oferty wykonawcy, bądź do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, a tym samym do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wyjaśnił tym samym, że po jego stronie zaktualizowały się przesłanki interesu i szkody, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „nPzp", uprawniające go do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia mu informacji bezpodstawnie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnił, że w odpowiedzi na wniosek odwołującego o udostępnienie oferty wykonawcy zamawiający, w dniu 31 grudnia 2020 r., przekazał mu jedynie część oczekiwanych przez niego informacji. Zamawiający udostępnił bowiem m.in. złożony przez wykonawcę wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 12 do SIWZ, który nie zawiera wszystkich danych, tj. personaliów osób, przy udziale których wykonawca zamierza zrealizować zamówienie. Odwołującemu nie udostępniono również uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji (zwane przez wykonawcę *Oświadczeniem o tajemnicy przedsiębiorstwa*), mimo że – jak wynika z pisma wykonawcy z dnia 28 grudnia 2020 r. – zostało ono sporządzone i przekazane zamawiającemu.
Odnosząc się w pierwszej kolejności do zaniechania udostępnienia wspomnianego Oświadczenia o tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący wskazał na brak podstaw do uznawania zawartych w tego rodzaju dokumencie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ZnkU. Odwołujący przypomniał przy tym, że omawiane uzasadnienie jest elementem oferty podlegającym badaniu w płaszczyźnie skuteczności wyłączenia jawności określonych informacji. Skoro zatem odwołujący wystąpił do zamawiającego o udostępnienie oferty wykonawcy i otrzymał m.in. dokument (wykaz osób), którego treść została przed odwołującym częściowo utajniona, to zamawiający powinien był przekazać odwołującemu również przygotowane przez wykonawcę uzasadnienie takiej decyzji. Zaniechanie realizacji tego obowiązku stanowiło w ocenie odwołującego obrazę przepisu art. 8 ust. 1 i 3 Pzp.
W kwestii zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę części informacji zawartych w złożonym przez wykonawcę wykazie osób odwołujący – nie znając, jak wspomniał, uzasadnienia przyczyn objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa – wskazał na konieczność wykazania, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to obowiązek łącznego wykazania, w świetle przepisu art. 11 ust. 2 ZnkU, że:
1. zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą;
2. zastrzeżone informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
3. podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi (tu – wykonawca) podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
Odwołujący zaznaczył, że pod pojęciem „wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp rozumieć zasadniczo należy „udowodnienie", zwłaszcza w odniesieniu do przesłanki wymienionej w pkt 3 powyżej. Ocena zasadności zastrzeżenia opierać powinna się nie tylko na oświadczeniach podmiotu korzystającego z omawianego wyjątku od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również na analizie przedstawionych w ramach wspomnianego wykazania dowodów. Niewykazanie zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa zawsze skutkuje koniecznością ich ujawnienia na wniosek innego uczestnika postępowania.
Odwołujący zauważył, że objęte przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa informacje niezbędne są do oceny spełniania przez wykonawcę warunku udziału w odstępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.2 lit. b SIWZ i chociażby z tego względu odwołujący, chcąc w pełni realizować przysługujące mu prawo do weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, winien mieć do tych informacji dostęp. Co więcej, osoby wskazane w wykazie zdobywały doświadczenie w związku z realizacją zamówień publicznych (zamawiającymi były podmiot lecznicze), zatem także z tego względu zastrzeżenie informacji o nich powinno zostać uznane za bezskuteczne, jako poczynione wyłącznie w celu utrudnienia (uniemożliwienia) odwołującemu weryfikacji związanej z nimi kwestii wykazania spełniania przez wykonawcę wzmiankowanego warunku udziału w postępowaniu, co dodatkowo podważa stałość wartości gospodarczej nieudostępnionych odwołującemu informacji. Co więcej, doświadczenie życiowe wskazuje, że osoby wymieniane w wykazach osób niejednokrotnie zamieszczają informacje dotyczące swojego zatrudnienia i nabytego doświadczenia zawodowego na portalach społecznościowych (Facebook, LinkedIn), chociażby w celu podniesienia swojej wartości na rynku pracy. Zjawisko to jest niejako standardem w szeroko pojętej branży IT.
Odnosząc się z ostrożności do pojawiającego się często w odniesieniu do zastrzeganych informacji o osobach skierowanych do realizacji zamówienia argumentu mającego uzasadniać ich wartość gospodarczą, a to obawy o „podkupienie" personelu (ang. employee poaching) odwołujący wskazał, że działanie takie uzasadnione jest wyłącznie w szczególnych przypadkach. Każdy wykonawca dysponuje bowiem środkami techniczno-finansowymi umożliwiającymi takie ukształtowanie zasad współpracy z pozostającym w jego dyspozycji personelem, które zagwarantuje wykonawcy należytą ochronę pracowników (współpracowników) przed „niezdrowym zainteresowaniem konkurencji" i dopiero, gdy wykonawca wykaże, że wspomniane środki są niewystarczające i nieskuteczne, może skorzystać z ochrony jaką przewiduje przepis art. 8 ust. 3 Pzp.

Reasumując, odwołujący wskazał, że niezasadne nieudostępnienie mu opisanych powyżej informacji stanowiło ad casum naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp i uniemożliwiło weryfikację wykazania spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu z rozdziału V ust. 1 pkt 2.3.2 lit. b SIWZ i ewentualne formułowanie dalszych zarzutów w tym zakresie, w czym należy upatrywać istotnego wpływu zarzucanego zamawiającemu naruszenia na wynik postępowania, o którym mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp.

Jeśli o zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania, ewentualnie – weryfikacji spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu odwołujący zwrócił uwagę, że w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1 SIWZ zamawiający przesądził, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali lub wykonują co najmniej dwie usługi w dwóch różnych podmiotach (u dwóch różnych zamawiających), których przedmiotem było świadczenie asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego) do systemów ZSI przez minimum 2 kolejne lata u jednego zamawiającego, przy czym każdy z systemów w danym podmiocie obejmował grupę minimum 300 użytkowników. Celem wykazania spełniania ww. warunku wykonawca złożył wykaz usług, z którego wynika, że świadczy dwie usługi serwisu dla systemu Medicus On-Line na rzecz SP ZOZ Warszawa-Ursynów i SP ZOZ w Mińsku Mazowieckim. Zdaniem odwołującego dokumenty te wykazywały, aby – po pierwsze – każda z usług świadczona była przez wykonawcę w ramach jednej 2-letniej umowy, po drugie – że usługi dotyczyły systemów dla grupy minimum 300 użytkowników.

Odnosząc się do pierwszego z przytoczonych powyżej aspektów odwołujący wskazał, że skoro – zgodnie z rozdziałem III SIWZ – przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi opieki serwisowej oprogramowania (bez znaczenia jest przy tym, czy będzie to opieka nad oprogramowaniem już funkcjonującym u zamawiającego, czy dostarczonym w ramach rozwiązania równoważnego), to omawiany warunek udziału w postępowaniu należy odczytywać jako wymóg legitymowania się przez wykonawcę doświadczeniem analogicznym do przedmiotu zamówienia, tj. nabytym w ramach jednej 2-letniej umowy, w wykonaniu której wykonawca świadczył na rzecz zamawiającego usługę opieki serwisowej oprogramowania. Tymczasem jak wyjaśnił odwołujący z ustaleń przez niego dokonanych wynikało, że żadne ze wskazanych przez wykonawcę zamówień nie spełnia powyższego wymogu. Zamówienie na rzecz SP ZOZ Warszawa-Ursynów zrealizowane zostało na podstawie umowy przewidującej jedynie 12-miesięczny okres obowiązywania. Umowa z wykonawcą została zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na serwis pogwarancyjny systemu informatycznego Medicus On-Line (znak sprawy: SPZOZ.U.990/2019) i jak wynika z § 2 wzoru umowy w tym postępowaniu kontrakt zawarto na okres 12 miesięcy, począwszy od dnia 1 stycznia 2020 r.

W kwestii drugiego z poruszonych wcześniej aspektów odwołujący podał, że z przedstawionych przez wykonawcę referencji wystawionych przez wspomniane podmioty lecznicze nie wynika, jakoby systemy, dla których świadczone były usługi wsparcia technicznego obejmowały po minimum 300 użytkowników. Odwołujący wyjaśnił, że dotarł do dokumentów, z których wynika, że chociażby w odniesieniu do zamówienia na rzecz SP ZOZ w Mińsku Mazowieckim liczba ta jest mniejsza niż 300. W ocenie odwołującego przedstawione powyżej okoliczności dotyczące liczby użytkowników systemu zamawiający powinien był zakwalifikować jako wprowadzenie w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnianiu przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu z rozdziału V ust. 1 pkt 2.3.1 SIWZ, popełnione co najmniej w warunkach rażącego niedbalstwa. Postępowanie wykonawcy – zdaniem odwołującego – tak dalece odbiegało od wzorca staranności właściwego profesjonalnemu uczestnikowi obrotu gospodarczego, że nie mieściło się w ramach „zwykłego" niedbalstwa, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący zauważył, że zweryfikował wiarygodność przedstawionych przez wykonawcę informacji w oparciu o dokumenty, do których dostęp jest możliwy w zwykłej i dozwolonej drodze. Tym samym oczekiwanie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp było uzasadnione okolicznościami sprawy i konieczne.

Ewentualnie, na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła zaprezentowanej powyżej kwalifikacji zachowania wykonawcy odwołujący podniósł, że wykluczenie wykonawcy z postępowania możliwe jest również w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Podkreślenia wymaga, że zakres jego zastosowania jest szerszy niż art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i obejmuje również przypadki, w których nieprawdziwe informacje dotyczą kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ są to informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Co więcej, na gruncie komentowanego przepisu nie jest konieczne osiągnięcie skutku w postaci wprowadzenia zamawiającego w błąd (choć ad casum okoliczność ta miała miejsce).

Ewentualnie, na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła także i powyższych wniosków odwołania odwołujący wskazał na konieczność zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp i wezwania wykonawcy do uzupełnienia, względnie wyjaśnienia wspomnianych dokumentów podmiotowych. Należy bowiem zauważyć, że skorzystanie z przewidzianej w tym przepisie procedury jest co do zasady (z zastrzeżeniem wyjątków wynikających z treści art. 26 ust. 3 Pzp) obligatoryjne i umożliwia realizację spoczywającego na każdym zamawiającym obowiązku ustalenia ponad wszelką wątpliwość, że wykonawca, któremu zamierza powierzyć realizację zamówienia jest do tego zdolny.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Ww. wykonawca w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 3, 4 i 6 *petitum* odwołania tj. zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Mając na uwadze powyższe, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej

sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., zwanej dalej nadal: „nPzp"), ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 4 stycznia 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2021 r.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty wykonawcy, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp i skierowała sprawę na rozprawę w zakresie zarzutów niewycofanych przez odwołującego.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 nPzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W związku z cofnięciem odwołania w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 3, 4 i 6 *petitum* odwołania tj. co do zarzutów naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w powyżej określonym zakresie.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 25 stycznia 2021 r., w tym w szczególności:
- SIWZ wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez przystępującego;
- wykaz osób skierowanych przez przystępującego do realizacji zamówienia;
- uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 28 grudnia 2020 r.;
- wykaz usług złożony przez przystępującego wraz z referencjami tj. referencją z SP ZOZ Warszawa-Ursynów z 23 grudnia 2020 r. oraz referencją z SP ZOZ w Mińsku Mazowieckim z 22 grudnia 2020 r.;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 30 grudnia 2020 r.;
2)dokumentów w postaci elektronicznej, załączonych do odwołania na płycie CD:
- SIWZ z 19 grudnia 2019 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na serwis pogwarancyjny systemu informatycznego Medicus On-Line (znak sprawy: SPZOZ.U.990/2019), przeprowadzonego przez SP ZOZ Warszawa Ursynów;
- wzoru umowy w postępowaniu jw.;
- pisma zastępcy dyrektora SP ZOZ w Mińsku Mazowieckim z dnia 8 sierpnia 2013 r.;
3)złożonych przez odwołującego na posiedzeniu:
- oświadczenia dyrektora szpitala w Mińsku Mazowieckim z dnia 18 stycznia 2021 r.;
- umowy nr 28/2011 zawartej w dniu 20 czerwca 2011 r. pomiędzy SP ZOZ w Mińsku Mazowieckim oraz podmiotem, pod którego nazwą wcześniej działał przystępujący;
- umowy z 31 maja 2017 r. zawartej pomiędzy SP ZOZ w Mińsku Mazowieckim a przystępującym;
4)złożonych przez przystępującego na posiedzeniu dwóch wydruków z systemów informatycznych wdrożonych w SP ZOZ w Mińsku Mazowieckim oraz SP ZOZ Warszawa-Ursynów.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem V ust. 1 pkt 2.3.1) SIWZ wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zobowiązany był do wykazania, *że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwie usługi w dwóch różnych podmiotach (u dwóch różnych zamawiających), których przedmiotem było świadczenie asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego) do systemów ZSI przez minimum dwa (2) kolejne lata u jednego zamawiającego, przy czym każdy z systemów w danym podmiocie obejmował grupę minimum 300 użytkowników.*
W celu potwierdzenia ww. warunku wykonawca powinien złożyć wykaz usług, którego wzór stanowił załącznik nr 10 do SIWZ wraz z dowodami potwierdzającymi spełnienie tego warunku (rozdział VII ust. 6 pkt 1) lit. a) SIWZ). Wzór wykazu usług w celu opisania doświadczenia miał postać tabelki, która zawierała następujące kolumny: liczba porządkowa, przedmiot usługi, data wykonania (dzień, miesiąc, rok), podmiot na rzecz którego usługa została wykonana oraz sposób dysponowania.
W rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.2) lit. b) SIWZ zamawiający podał wymóg dotyczący osób, jakimi powinien dysponować wykonawca w przypadku oferowania rozwiązania równoważnego. Miały to być co najmniej trzy osoby, w tym jedna osoba dedykowana do pełnienia funkcji kierownika projektu oraz dwie osoby skierowane do realizacji zamówienia w charakterze wdrożeniowców. W ww. fragmencie SIWZ zamawiający podał, szczegółowe wymogi dla tych osób.
W celu potwierdzenia ww. warunku wykonawca powinien złożyć wykaz osób, którego wzór stanowił załącznik nr 11 do SIWZ wraz z dowodami potwierdzającymi spełnienie tego warunku (rozdział VII ust. 6 pkt 1) lit. a) SIWZ). Wzór wykazu osób miał postać tabelki, która zawierała następujące kolumny: liczba porządkowa, imię i nazwisko, wykształcenie, zakres wykonywanych czynności wartość projektu nazwa podmioty oraz podstawa dysponowania osobą.
Pismem z dnia 23 grudnia 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia m. in. wykazu usług wraz z dowodami oraz wykazu osób.
Przystępujący wraz z pismem z dnia 28 grudnia 2020 r. złożył m. in. wymagane wykazy.
Ze złożonego wykazu usług wynikało, że przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1) SIWZ wskazał dwie usługi:
- *Świadczenie serwisu dla systemu ZSI Medicus On-Line w SPZOZ Warszawa-Ursynów, w tym: świadczenie asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego) do systemów ZSI przez ponad dwa kolejne lata, obejmujących grupę minimum 300 użytkowników.* Z kolejnych kolumn wykazu wynikało, że usługa była wykonywana od dnia 30 stycznia 2015 r. i była wykonywana nadal tj. na dzień złożenia wykazu, na rzecz SPZOZ Warszawa-Ursynów oraz stanowiła zasób

własny przystępującego. Do wykazu przystępujący załączył referencję z dnia 23 grudnia 2020 r., w których wskazano, że *firma Atende Medica Sp. z o.o. obecnie świadczy oraz świadczyła w okresie ostatnich 5 lat usługi, których przedmiotem było świadczenie asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego) do zintegrowanego systemu informatycznego ZSI klasy HIS Medicus On-Line*. Ponadto wystawca referencji wskazał, że *prace wykonywane są z należytą starannością*;
- *Świadczenie serwisu dla systemu ZSI Medicus On-Line w Szpitalu w Mińsku Mazowieckim, w tym: świadczenie asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego) do systemów ZSI przez ponad dwa kolejne lata, obejmujących grupę minimum 300 użytkowników.* Z kolejnych kolumn wykazu wynikało, że usługa była wykonywana od dnia 1 czerwca 2014 r. i była wykonywana nadal tj. na dzień złożenia wykazu, na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Mińsku Mazowieckim oraz stanowiła zasób własny przystępującego. Do wykazu przystępujący załączył referencję z dnia 22 grudnia 2020 r., w których wskazano, że *firma Atende Medica Sp. z o.o. obecnie świadczy oraz świadczyła w okresie ostatnich 5 lat usługi, których przedmiotem było świadczenie asysty technicznej (usługi wsparcia technicznego), nadzoru autorskiego oraz serwisu oprogramowania Medicus On-Line*. Ponadto wystawca referencji wskazał, że *prace wykonywane są z należytą starannością*.

W wykazie osób przystępujący wskazał trzy osoby podając ich imiona i nazwiska, wykształcenie, zakres wykonywanych czynności wartość projektów brutto nazwę podmiotu oraz podstawę dysponowania tymi osobami. Przy czym imiona i nazwiska osób zawartych w wykazie zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący złożył pismo z dnia 28 grudnia 2020 r. zawierające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
W dniu 30 grudnia 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępujacego.
Odwołujący pismem z dnia 30 grudnia 2020 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty przystępujacego. W odpowiedzi na powyższy wniosek zamawiający przekazał odwołującemu m. in. wykaz usług złożony przez przystępujacego wraz z referencjami oraz zanonimizowany wykaz osób złożony przez przystępującego tj. przekazany wykaz osób zawierał zaczernione imiona i nazwiska osób podanych przez przystępujacego. Jak oświadczył pełnomocnik odwołującego na rozprawie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący otrzymał po wniesieniu odwołania w dniu 28 stycznia 2021 r.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*;
- art. 8 ust. 1 i 3 Pzp – *1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu;
- art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów*;
- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;*
- art. 24 ust. 1 pkt 17 – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który 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*;
- art. 26 ust. 3 Pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania*;
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Jeśli chodzi zarzut podniesiony w pkt 2 *petitum* odwołania, skład orzekający wskazał, że zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji, jako tajemnicy, wymaga wykazania, iż kumulatywnie zostały spełnione wszystkie trzy przesłanki zawarte w art. 11 ust. 2 ZnkU:
– w postaci materialnej, czyli:
1)zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
2)zastrzeżone informacje jako całość, lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
– w postaci formalnej, czyli:
3)uprawniony do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
Jako reprezentatywny dla pierwszej materialnej przesłanki można podać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14, w którym wskazano, że zastrzeżenie poufności *może być uznane za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą – co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy*

przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski.
Zgodnie z drugą przesłanką materialną przymiot poufności przyznaje się informacjom, które jako całość, albo jako zestawienie o szczególnym charakterze, bądź zbiór, nie są powszechnie znane, bądź nie są łatwo dostępne dla osób, które zwykle zajmują się rzeczonym rodzajem danych. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej definicję legalną tajemnicy wskazano, że użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy pojęcia „zestawu" oraz „zbioru" mają taki sam zakres – oznaczają bowiem pewien zespół informacji wyłączony z całości. Użyte wyrażenia należy raczej tłumaczyć jako zbiór (w znaczeniu zespołu informacji wyłączonych z całości) oraz zestawienie (w znaczeniu wzajemnego układu tych informacji względem siebie).
W zakresie przesłanki formalnej, dotyczącej podjęcia przez przedsiębiorcę działań celem zachowania rzeczonych informacji w tajemnicy, należy przypomnieć, że działania takie – dokonywane przez podmiot, który jest zobowiązany do zachowania podwyższonego miernika staranności, z powodu zawodowego charakteru wykonywania działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.) – muszą mieć charakter czynności niezbędnych w danych okolicznościach. Oznacza to spełnienie rozsądnych i adekwatnych wymagań w zakresie ochrony informacji, na określonym polu pozyskiwania danych. Jak trafnie ujął to Sąd Najwyższy*podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony* (wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00).
Następnie, przechodząc na kanwę Pzp Izba stwierdziła, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 ZnkU. Omawiany art. 8 ust. 3 Pzp wprost bowiem wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).
Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba uznała, że w ustalonym stanie rzeczy przystępujący wykazał, że dane, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, zasługiwały na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ZnkU co oznaczało, że odwołanie w zakresie tego zarzutu było niezasadne.
Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał na to, że zastrzegane informacje miały dla niego znaczenie gospodarcze. W tym zakresie przystępujący wyjaśnił, że *wymagania zamawiającego odnośnie osób były wysokie i dotyczyły stosunkowo wąskiej grupy specjalistów. Do wykonania zadań należało zgłosić osoby posiadające szczególne, specjalistyczne kwalifikacje, a nie informatyków ze standardowym wykształceniem. Podkreślić należy, że rynek informatyczny działa przede wszystkim w oparciu o potencjał ludzki, wysoce wyspecjalizowany i nieliczny. Dobór osób ma kluczowe znaczenie dla właściwej realizacji inwestycji i pomyślnego jej zakończenia. Liczne próby podkupienia pracowników, przejęcia itp. wskakują, że chronienie danych tych osób jest w pełni uzasadniane.* Ponadto wartość tajemnicy przedsiębiorstwa została dokładniej opisana przez przystępujacego w pkt IV uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
Odnosząc się do drugiej materialnej przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wyjaśnił, że *informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie zostały nigdy podane do publicznej wiadomości i w żaden sposób nie były publicznie dostępne, a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie*. Odwołujący próbując podważyć spełnienie tej przesłanki przez przystępujacego odwołał się w zasadzie do argumentacji odnoszącej się do doświadczenia życiowego wskazując że osoby wymieniane w wykazach osób niejednokrotnie zamieszczają informacje dotyczące swojego zatrudnienia i nabytego doświadczenia zawodowego na portalach społecznościowych (Facebook, LinkedIn), w celu podniesienia swojej wartości na rynku pracy i zjawisko to jest niejako standardem w szeroko pojętej branży IT. Powyższa argumentacja nie mogła zostać wzięta pod uwagę. Odwołujący powinien konkretnie wykazać, że informacje, które zastrzegł przystępujący były jawne lub zostały wcześniej ujawnione. Przystępujący w pkt III uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa opisał podjęte działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, a także odnosił się do tego załącznik nr 1 do przedmiotowego uzasadnienia. Powyższe fragmenty odnosiły się również do trzeciej, formalnej przesłanki wskazanej w treści art. 11 ust. 2 ZnkU.
W ocenie składu orzekającego przystępujący spełnił wszystkie przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
W tym zakresie należy przypomnieć, że odwołujący kwestionował zastrzeżenie przez przystępującego imion i nazwisk osób wskazanych w wykazie osób oraz zwrócił uwagę na fakt nieprzekazania mu przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia. Jak wynika z powyżej wskazanego ustalenia Izba uznała, że przystępujący spełnił wszystkie przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto skład orzekający wziął pod uwagę, że przystępujący nie zastrzegł całości wykazu osób, ale wyłącznie dane dotyczące imion i nazwisk wskazanych osób. Odwołujący podnosił w tym zakresie, że wyłącznie znajomość imion i nazwisk osób wymienionych w wykazie umożliwi mu weryfikację spełnienia warunku przez przystępującego. W pierwszej kolejności skład orzekający wskazuje, że weryfikacja spełnienia warunku powinna nastąpić przez analizę treści wykazu oraz zawartych tam informacji odnoszących się do wykształcenia, zakresu wykonywanych czynności przez taką osobę, wartości projektu w którym brała udział, nazwy podmiotu na rzecz którego wykonywała czynności oraz podstawy dysponowania osobą. Te wszystkie informacje były odwołującemu znane. Po drugie jak słusznie zauważył przystępujący to zamawiający (a nie odwołujący) jest podmiotem uprawnionym do weryfikacji, czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z tego względu to zamawiający musi dysponować wszystkimi informacjami składanymi przez wykonawców w toku postępowania. Brak jest podstaw prawnych, zgodnie z którymi również inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu otrzymywali informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa swoich konkurentów. Wręcz przeciwnie, instytucja tajemnicy przedsiębiorstwa umożliwia skuteczne zastrzeżenie takich informacji, o ile zastrzeżenie zostało dokonane w sposób należyty.
Jeśli chodzi o brak przekazania uzasadnienia zastrzeżenia, Izba stwierdziła, że rzeczywiście na moment wniesienia odwołania zamawiający nie przekazał tego uzasadnienia odwołującemu, natomiast przekazał je później. Przedmiotowa okoliczność nie miała wpływu na zasadność zarzutu, ponieważ odwołujący otrzymał od zamawiającego uzasadnienie, zatem żądanie w tym zakresie dezaktualizowało się oraz jak wskazano powyżej Izba uznała, że przystępujący spełnił wszystkie przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 ZnkU.
W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 Pzp.
Kolejna grupa zarzutów skierowanych na rozprawę dotyczyła spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie okresu świadczenie usług oraz minimalnej liczby użytkowników systemu.
Jeśli chodzi o tę pierwszą okoliczność Izba uznała, że odwołujący dokonał niedopuszczalnej interpretacji treści warunku

przyjmując, iż jego spełnienie wiązało się z koniecznością legitymowania się przez wykonawcę doświadczeniem analogicznym do przedmiotu zamówienia, tj. nabytym w ramach jednej dwuletniej umowy. Izba uznała, że mając na uwadze wykładnie językową treści przedmiotowego warunku, która powinna być podstawową metodą wykładni postanowień SIWZ, treść warunku w kwestionowanym zakresie należało odczytywać jako wymaganie posiadania doświadczenia w realizacji dwóch usług u dwóch różnych zamawiających, których przedmiotem było świadczenie asysty technicznej do systemów ZSI przez minimum dwa kolejne lata u jednego zamawiającego. Z treści warunku nie wynikał wymóg dwuletniego świadczenia usługi, na podstawie jednej umowy lub jednego zamówienia.
Tym samym cała argumentacja odwołującego w tym zakresie okazała się chybiona. Przytoczona powyżej w części dotyczącej ustaleń, treść wykazu usług złożonego przez przystępującego, wyraźnie potwierdzała spełnienie przedmiotowego warunku.
Potwierdzenia zarzutu w tym zakresie nie stanowiły także dowody złożone przez odwołującego. Dodowy dotyczące usługi realizowanej na rzecz SP ZOZ Warszawa-Ursynów tj.: SIWZ z 19 grudnia 2019 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na serwis pogwarancyjny systemu informatycznego Medicus On-Line (znak sprawy: SPZOZ.U.990/2019) oraz wzór umowy w ww. postępowaniu, dotyczyły tylko jednego zamówienia, które zostało wszczęte w 2019 r., natomiast jak wynika z wykazu oraz referencji przystępujący świadczył usługę na rzecz ww. jednostki od ponad 5 lat. Ponadto jak ustaliła powyżej Izba dla wykazania spełnienia warunku nie było konieczne realizowanie usługi na podstawie jednej umowy lub zamówienia. Dowody przedłożone przez odwołującego na okoliczność podważenia drugiej usługi, świadczonej przez przystępującego na rzecz szpitala w Mińsku Mazowieckim, także nie potwierdziły postawionego zarzutu. Odwołujący złożył w tym zakresie następujące dokumenty:
- oświadczenie dyrektora szpitala w Mińsku Mazowieckim z dnia 18 stycznia 2021 r.;
- umowę nr 28/2011;
- umowę z 31 maja 2017 r.
Z ww. oświadczenia pośrednio wynikało, że przystępujący świadczył usługę na rzecz szpitala w Mińsku Mazowieckim przez okres kilku lat, natomiast obie umowy potwierdziły, że przystępujący świadczył usługę dla ww. podmiotu nieprzerwanie przez okres co najmniej od grudnia 2015 r do maja 2018 r., co nie stało w sprzeczności z informacjami wynikającymi z wykazu usług.
W przypadku kolejnego wymogu składającego się na treść warunku, tj. minimalnej liczby użytkowników objętych przez każdy system, Izba ustaliła, że już w wykazie co do każdej z obu usług przystępujący wskazał, iż obejmowała ona grupę minimum 300 użytkowników. Obie referencje co prawda nie wskazywały liczby użytkowników, niemniej okoliczność ta nie miała znaczenia, ponieważ to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz usług stanowił potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa referencje powinny przede wszystkim potwierdzać odpowiednie wykonanie umowy i nie muszą zawierać wyczerpującego opisu zakresu usług. Dokumenty świadczące o należytym wykonaniu zamówień wystawiają ich odbiorcy. Mają one, co do zasady, weryfikować i dokumentować należyte wykonanie zamówienia zrealizowanego dla innego podmiotu. Nie muszą w pełni opisywać zakresu robót, dostaw, czy usług, tak jak wykaz. Nie muszą także zawierać tych samych informacji co w wykazie.
W związku z powyższym Izba nie znalazła powodów do uwzględnienia argumentacji odwołującego szczególnie, że pozostał on bierny w tej materii, poprzestając na gołosłownej argumentacji. Jedynym dowodem złożonym w tym zakresie przez odwołującego było pismo zastępcy dyrektora SP ZOZ w Mińsku Mazowieckim z dnia 8 sierpnia 2013 r. Przedmiotowy dokument nie mógł potwierdzić podniesionej przez odwołującego argumentacji, ponieważ został sporządzony w sierpniu 2013 r., natomiast jak wynikało z wykazu, początek realizacji usługi świadczonej na rzecz szpitala w Mińsku Mazowieckim, został wskazany jako 1 czerwca 2014 r. W związku z tym nie mógł dotyczyć okoliczności przedmiotowego postępowania oraz pozostawiał spore wątpliwości co do swojej aktualności. Ponadto z powyższego dokumentu wynikało, że liczba użytkowników systemu informatycznego na tamten moment była nie mniejsza niż 80 osób, co nie przesądzało, że już wtedy osiągała 300 użytkowników, ponieważ została w nim wskazana tylko dolna granica liczby użytkowników. Tymczasem przystępujący złożył dowody w postaci dwóch wydruków z systemów informatycznych wdrożonych w SP ZOZ w Mińsku Mazowieckim orazSP ZOZ Warszawa-Ursynów, z których wynikało, że liczba użytkowników tych systemów przewyższa wymagane przez zamawiającego minimum.
Zgodnie z dyspozycją art. 534 ust. 1 nPzp obowiązkiem stron jest wskazanie dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 nPzp spoczywa na podmiocie, który z danego faktu wywodzi skutki prawne. Przy czym ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Izby) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (*vide* wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 293/07). W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym obciążony był odwołujący, ponieważ to on kwestionował zaniechanie zamawiającego dotyczące braku wykluczenia przystępującego z postępowania. W ocenie Izby odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu w związku z podniesioną argumentacją.
Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że przystępujący w kontekście postawionych zarzutów: spełnił kwestionowany przez odwołującego warunek udziału w postępowaniu, nie wprowadził w wyniku rażącego niedbalstwa zamawiającego w błąd oraz nie przedstawił zamawiającemu co najmniej w wyniku lekkomyślności informacji wprowadzających go w błąd w tym zakresie. Izba nie znalazła przy tym podstaw do konieczności wezwania przystępującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów mających potwierdzić spełnienie przedmiotowego warunku. Tym samym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp.

W konsekwencji oddalenia wszystkich powyżej wskazanych zarzutów nie mogły znaleźć potwierdzenia zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp oraz 7 ust. 1 Pzp, gdyż w ocenie Izby, w kontekście postawionych w odwołaniu zarzutów, zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, a przy tym nie zostały naruszone zasady systemu zamówień publicznych określone w art. 7 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:…….