Sygn. akt: KIO 3513/21
Sygn. akt: KIO 3514/21

WYROK
z dnia 28 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Rafał Komoń
Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2021 r. i w dniu 23 grudnia 2021 r.
w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A.w dniu 2 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie**
B.w dniu 2 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku**
przy udziale:
A.wykonawcy: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3514/21 po stronie odwołującego
B.wykonawcy: **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3513/21 po stronie zamawiającego
C.wykonawcy: **Gabos Software Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3513/21 oraz KIO 3514/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyznanie ofercie wykonawcy Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie maksymalnej punktacji
za próbkę w sytuacji, gdy dokumenty próbki nie zostały podpisane, z powodu wycofania zarzutu przez odwołującego (sprawa o sygn. akt KIO 3513/21);
2.umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 98 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie zwrotu wadium na rzecz odwołującego się wykonawcy Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowię pomimo braku zaistnienia wskazanych w ustawie przesłanek do zwrotu, z powodu wycofania zarzutu przez odwołującego (sprawa o sygn. akt KIO 3514/21);
3.oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3513/21;
4.oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3514/21;
5.kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** w sprawie o sygn. akt KIO 3513/21 orazwykonawcę: **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie** w sprawie o sygn. akt KIO 3514/21, i:
5.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie oraz wykonawcę: Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
5.2.zasądza od wykonawcy: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowiena rzecz zamawiającego: Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 3 w Rybniku kwotę 3 598 zł. 98 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sprawa o sygn. akt KIO 3513/21);
5.3.zasądza od wykonawcy: Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego: Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 3 w Rybniku kwotę 3 598 zł. 98 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sprawa o sygn. akt KIO 3514/21).

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 3513/21
Sygn. akt: KIO 3514/21

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku (lider); (1) Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu; (2) Katowickie Centrum Onkologii z siedzibą w Katowicach; (3) Szpital Wielospecjalistyczny w Jaworznie; (4) Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Bytomiu; (5) Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej; (6) Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny z siedzibą w Częstochowie; (7) Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Jastrzębiu-Zdroju; (8) Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 4 w Bytomiu; (9) Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. dr. Janusza Daaba w Piekarach Śląskich; (10) Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. Stanisława Sakiela Siemianowicach Śląskich; Szpitale Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach: (1) Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach;

(2) Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach; (3) Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej
- Curie Państwowego Instytutu Badawczego Oddział w Gliwicach; (4) Beskidzkie Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej (dalej: „zamawiający"), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego,
o wartości zamówienia wyższej niż progi unijne, na podstawie przepisów ustawy z dnia
11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp" na „Dostawę oprogramowania Serwera Komunikacyjnego eCareMed (OSK) dla części wspólnej projektu ECAREMED' numer referencyjny: DW-35-PN/14-2021 (dalej: „postępowanie" lub „zamówienie"). Przedmiotowe zamówienie jest współfinansowane przez Unię Europejską w ramach projektów „eCareMed"realizowanych przez Szpitale Urzędu Marszałkowskiego w Katowicach - w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020 (Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego)
dla osi priorytetowej: II. Cyfrowe Śląskie dla działania: 2.1. Wsparcie rozwoju cyfrowych usług publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 043-106892.

Zamawiający w dniu 22 listopada 2021 r. poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę: Gabos Software Sp. z o.o. z siedzibą
w Katowicach (dalej jako „Gabos").

W dniu 2 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: **Asseco Poland S.A. z siedzibą**
w Rzeszowie (dalej jako „Asseco" lub „odwołujący 1") - sprawa o sygn. akt KIO 3513/21 zostało wniesione, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie od niezgodnych
z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, podjętych w postępowaniu polegających na:

1. zaniechaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp;
2. dokonaniu czynności wyboru oferty Gabos jako najkorzystniejszej w postępowaniu; zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Comarch Healthcare S.A. z siedzibą
   w Krakowie (dalej: Comarch);
3. zaniechaniu udostępnienia odwołującemu 1 pełnych wyjaśnień RNC Comarch, wraz
   z dowodami;
4. bezzasadnym uznaniu, że wyjaśnienia RNC składane w postępowaniu przez Comarch stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
5. zaniechaniu przesłania na podstawie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnień RNC Gabos (pomimo, że Gabos był wzywany o uzasadnienie ceny w pakiecie nr 2) oraz zaniechaniu przesłania uzasadnienia tajemnicy do wskazanych wyjaśnień (o ile Gabos zastrzegł wskazane wyjaśnienia);
6. bezzasadnym uznaniu, że wyjaśnienia RNC Gabos stanowią tajemnicę firmy, co skutkuje brakiem udostępnienia wskazanych wyjaśnień (gdyby zamawiający wskazał, że nie przesłał wyjaśnień RNC, gdyż uznał je za tajemnicę).

Odwołujący 1 zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 255 ust. 6 w zw. z art. 98 ust. 2 w zw. z art. 97 ust. 5 i 6 w zw. 226 ust. 14 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy w postępowaniu doszło do powstania niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. dokonania przez zamawiającego zwrotu wadium niezgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy Pzp bez wniosku odwołującego 1 (i prawdopodobnie Comarch), co poskutkowało tym, że obie oferty nie były zabezpieczone wadium w całym terminie związania ofertą. Powyższe niesie za sobą daleko idące skutki prawne: (a) brak zabezpieczenia oferty przez cały termin związania ofertą skutkuje koniecznością odrzucenia oferty (art. 226 ust. 14 ustawy Pzp); (b) bez wniosku zamawiający spowodował rozwiązanie stosunku prawnego, nawiązanego przez złożenie oferty (taki skutek powoduje wniosek w trybie art. 98 ust. 2 ustawy Pzp). Powyższe działanie bezspornie narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Dodatkowo odwołujący 1 wskazał, że jego zdaniem zwrot wadium w okresie związania ofertą stanowi działanie celowe zamawiającego, zmierzające do uniemożliwienia wykonawcom zakwalifikowanym na pozycji nr 2 i 3 rankingu ofert złożenie odwołania
   do Krajowej Izby Odwołującej - ze wskazanym zarzutem łączy się także naruszenie art. 74 ust. 2 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. celowe zaniechanie przekazania dokumentacji postępowania po wyborze ofert w celu spowodowania upływu terminu
   na wniesienie środka ochrony prawnej - przekazanie załączników do protokołu po 8 dniach od wyboru oferty (oraz wniosku odwołującego 1) dopiero na skutek pisemnego
   i telefonicznego ponaglenia. (200 MB danych);
2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Gabos;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Gabos w sytuacji gdy należy uznać, że wykonawca ten nie złożył próbki w przetargu (brak „sumy kontrolnej" pliku próbki, co zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia - dalej „SWZ" skutkuje odrzuceniem oferty, ewentualnie uznanie, że próbka nie powinna podlegać ocenia i otrzymać dodatkowych punktów;
4. art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia wyjaśnień RNC Gabos oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy firmy w zakresie tych wyjaśnień (o ile takie były złożone), z ostrożności: naruszenie przepisu art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Gabos jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień RNC złożonych w trybie art. 224 ustawy Pzp w zakresie kalkulacji cenowej oraz załączników do tej kalkulacji, pomimo, że: (a) wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł te dokumenty jako tajemnica, (b) wskazane wyjaśnienia nie mogą być uznane za tajemnicę firmy.
5. z także z ostrożności procesowej (w przypadku braku uwzględnienia zarzutów powyżej) odwołujący 1 sformułował zarzut ewentualny polegający na naruszeniu art. 224 w zw.
   z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos w sytuacji, gdy cena wykonawcy jest rażąco niska, a podmiot ten nie wykazał (w trybie art. 224 ustawy Pzp) realności wykonania zamówienia w zdeklarowanej cenie;
6. art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez przyznanie ofercie

Comarch maksymalnej punktacji za próbkę w sytuacji, gdy dokumenty próbki nie zostały podpisane, co powinno skutkować odrzuceniem oferty (z ostrożności ewentualnym brakiem uznania próbki i nieprzyznaniem punktów za próbkę);

7.art. 18 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień RNC złożonych w trybie art. 224 ustawy Pzp w zakresie kalkulacji cenowej oraz załączników do tej kalkulacji pomimo, że:
(a) wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł te dokumenty jako tajemnica, (b) wskazane wyjaśnienia nie mogą być uznane za tajemnicę firmy;

8.a ponadto z ostrożności procesowej (w przypadku braku uwzględnienia zarzutów powyżej) odwołujący 1 sformułował zarzut ewentualny polegający na naruszeniu art. 224 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch w sytuacji, gdy cena wykonawcy jest rażąco niska, a podmiot ten nie wykazał (w trybie art. 224 ustawy Pzp) realności wykonania zamówienia w zdeklarowanej cenie.

Mając na uwadze powyższe odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp; w sytuacji braku uwzględnienia zarzutu odnoszącego się do unieważnienia postępowania: unieważnienia wyboru oferty Gabos, odrzucenia oferty Gabos (z uwagi na brak „sumy kontrolnej" pliku próbki) ewentualnie uznanie, że próbka nie podlega ocenie (brak przyznawania punktów Gabos), odrzucenia oferty Comarch (brak podpisu plików próbki); (2) przekazanie odwołującemu 1 pełnych wyjaśnień RNC Gabos oraz Comarch; z ostrożności także: (3) odrzucenia z uwagi na RNC oferty Comarch, (4) odrzucenia z uwagi na RNC oferty Gabos; (5) dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego 1.

Swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności i zaniechań zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, wniósł także w dniu 2 grudnia 2021 r. wykonawca: **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie** - sprawa o sygn. akt KIO 3514/21 (dalej „odwołujący 2"). Odwołujący 2 zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, z uwagi na dokonanie wadliwej czynności oceny oferty Gabos, poprzez przyznanie punktów w kryterium funkcjonalność systemu ocenianym w oparciu o złożoną próbkę, której to próbki zamawiający nie powinien oceniać oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, co wynika z braku podania w Formularzu ofertowym wymaganej sumy kontrolnej udostępnionego pliku lub plików (CRC);

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, z uwagi na złożenie wraz z ofertą próbki systemu z wykorzystaniem prawdziwych danych osobowych rzeczywistego pacjenta, co wyklucza możliwość złożenia próbki/ prezentacji gotowego rozwiązania działającego w środowisku testowym wykonawcy, zgodnie z wymogami SWZ, alternatywnie (z ostrożności procesowej)
art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, z uwagi na dokonanie wadliwej czynności oceny oferty Gabos, poprzez przyznanie niezgodnie z postanowieniami SWZ punktów w zakresie poza cenowego kryterium oceny ofert tj. kryterium funkcjonalność systemu;

3.art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, z uwagi na to, że próbka systemu złożona z wykorzystaniem danych osobowych osoby, która wyraziła zgodę na przetwarzanie tych informacji tylko na potrzeby przedstawienia próbki zamawiającemu - pozostaje w sprzeczności z SWZ oraz treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, dotyczącymi przechowywania i udostępniania dokumentacji przetargowej oraz zasadami przetwarzania danych osobowych;

4.art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 78 ust. 1 ustawy Pzp, w z zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z przepisami ustawy, z uwagi na to, że próbka systemu złożona z wykorzystaniem danych osobowych osoby, która wyraziła zgodę na przetwarzanie tych informacji tylko na potrzeby przedstawienia próbki zamawiającemu - pozostaje w sprzeczności z zapisami ustawy w zakresie dokumentowania przebiegu postepowania o udzielenie zamówienia publicznego;

5.art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na to, że Gabos nie udowodnił zamawiającemu, iż realizując zamówienie, będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami DGT Sp. z o.o., w ten sposób, iż podmiot udostępniający zasoby wykona usługi, w stosunku do których zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu, o których mowa w rozdziale III pkt 2.4. a) SWZ;

6.art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, że Gabos w zakresie doświadczenia podmiotu DGT Sp. z o. o. udostępniającego zasoby w postaci doświadczenia określonego w rozdziale III pkt 2.4. a) SWZ nie wykazała i nie potwierdziła wymaganymi dokumentami, iż DGT Sp. z o. o. należycie realizowała co najmniej jedno zamówienie o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł. brutto, polegające na wdrożeniu systemu informatycznego dla minimum 8 podmiotów leczniczych w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z 15.04.2011 r. o działalności leczniczej (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 295 ze zm.), obejmujące wytworzenie oprogramowania według zdefiniowanych wymagań, analizę przedwdrożeniową, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania. System posadowiony w co najmniej 2 różnych geograficznie lokalizacjach serwerowych przetwarzających dane alternatywnie;

a także z ostrożności procesowej:

7.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Gabos do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami lub wykazania,
że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

8.art. 98 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie zwrotu wadium na rzecz odwołującego, pomimo braku zaistnienia wskazanych w ustawie Pzp przesłanek do zwrotu,
a w konsekwencji naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty odwołującego 2 i brak dokonania wyboru oferty odwołującego 2 jako najkorzystniejszej.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności z dnia 22 listopada 2021 r. polegającej na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Gabos jako najkorzystniejszej;

2.podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Gabos z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ oraz przepisami ustawy;

3.alternatywnie nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem, iż oferta wykonawcy Gabos nie powinna uzyskać punktów w zakresie poza cenowego kryterium oceny ofert tj. kryterium funkcjonalność systemu;

4.odrzucenia oferty wykonawcy Gabos, jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

5.powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i nakazanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

6.unieważnienia czynności zamawiającego w postaci zwrotu wadium na rzecz odwołującego;

a ponadto wniósł o zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zastępującego odwołującego 2 w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, poinformował wykonawców 3 grudnia 2021 r. o wniesieniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3513/21 i w sprawie o sygn. akt KIO 3514/21, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpili:

1.wykonawca: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3514/21 po stronie odwołującego;

2.wykonawca: **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3513/21 po stronie zamawiającego;

3.wykonawca: **Gabos Software Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3513/21 oraz KIO 3514/21 po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości jako niezasadnych.

Wykonawca Gabos, przystępujący do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego, złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym przedstawił swoją argumentację w zakresie zarzutów sformułowanych przez odwołującego 1 i odwołującego 2, wnosząc o oddalenie obu odwołań jako niezasadnych (pismo z 16 grudnia 2021 r.).

Wykonawca Comarch złożył do akt sprawy pismo procesowe, swoje stanowisko jako przystępujący po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3513/21 (pismo z 15 grudnia 2021 r.). W kolejnym, złożonym na posiedzeniu piśmie (pismo z 15 grudnia 2021 r.) zaprezentował swoje stanowisko w sprawie o sygn. akt KIO 3514/21, odnosząc się w szczególności do argumentacji podnoszonej przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący 1, na posiedzeniu w dniu 16 grudnia 2021 r. oświadczył, że cofa zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez przyznanie ofercie wykonawcy Comarch maksymalnej punktacji za próbkę w sytuacji, gdy dokumenty próbki nie zostały podpisane, z kolei odwołujący 2 na rozprawie w tym samym dniu wycofał zarzuty naruszenia art. 98 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie zwrotu wadium na rzecz odwołującego 2, pomimo braku zaistnienia wskazanych w ustawie przesłanek do zwrotu. Mając na uwadze powyższe, Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 i pkt 2 sentencji wyroku.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego, a także
po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, pismami procesowymi składanymi do akt sprawy przez strony i uczestników postępowania odwoławczego,
a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła,
co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący ubiegają się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i złożyli swoje oferty w postępowaniu. Odwołujący 1 w pierwszej kolejności podnosił zarzuty dotyczące nieważności postępowania, a gdyby te nie potwierdziły się wskazywał, jako wykonawca sklasyfikowany na trzeciej pozycji w rankingu ofert, nieprawidłowości w działaniach i zaniechaniach zamawiającego, które skutkowały tym, że oferty firm konkurencyjnych tj. Gabos i Comarch nie zostały odrzucone. Gdyby nie te działania i zaniechania, odwołujący 1 uzyskałby zamówienie i mógłby

je zrealizować. Z kolei zarzuty sformułowane przez odwołującego 2 zmierzały
do zakwestionowania prawidłowości wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Gabos. W ocenie odwołującego 2 oferta złożona przez tego wykonawcę winna zostać odrzucona z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia
i przepisami ustawy Pzp (ewentualnie nie powinna uzyskać punktów w kryterium funkcjonalność systemu). Gdyby zarzuty w tym zakresie potwierdziły się, odwołujący 2 miałby możliwość uzyskania zamówienia, wykonania go i osiągnięcia zysku z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania
o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez zamawiającego, odwołujących oraz wykonawcę Gabos, załączone do odwołania, składanych pism procesowych, jak też prezentowane na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ jest dostawa oprogramowania Serwera Komunikacyjnego eCareMed (OSK) dla części wspólnej projektu ECAREMED.

Ponadto ustalono, że w terminie składania ofert tj. w dniu 2 września 2021 r. oferty złożyło trzech wykonawców: Gabos, Asseco i Comarch.

W dniu 22 listopada 2021 r. zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę wykonawcy Gabos.

Sygn. akt KIO 3513/21

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący 1 podnosił w pierwszej kolejności zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 255 ust. 6 w zw. z art. 98 ust. 2 w zw. z art. 97 ust. 5 i 6 w zw. 226 ust. 14 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy
w postępowaniu doszło do powstania niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazywał, że zamawiający dokonał zwrotu wadium niezgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, bez wniosku odwołującego 1. Podobnie postąpił w przypadku wykonawcy Comarch.

W konsekwencji obie oferty nie były zabezpieczone wadium w całym terminie związania ofertą, co niesie za sobą daleko idące skutki prawne: (a) brak zabezpieczenia oferty przez cały termin związania ofertą skutkuje koniecznością odrzucenia oferty (art. 226 ust. 14 ustawy Pzp); (b) bez wniosku zamawiający spowodował rozwiązanie stosunku prawnego, nawiązanego przez złożenie oferty (taki skutek powoduje wniosek w trybie art. 98 ust. 2 ustawy Pzp).

Izba nie podzieliła tego stanowiska z następujących powodów. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że aby zastosować przesłankę, wynikającą z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest stwierdzenie, że w postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do jej zastosowania konieczne jest ustalenie, że: (1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania); (2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia; (3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Z kolei ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów ustawy do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazać również należy, że przesłanki powyższe należy interpretować ściśle, unieważnienie postępowania nie jest bowiem celem prowadzenia postępowania. Celem tym jest zawarcie umowy z wykonawcą, który w stopniu najwyższym spełnił wymagania zamawiającego (jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert opisanych w SWZ).

W kontekście powyższego istotne jest jednak, że aby zamawiający mógł unieważnić postępowanie, stosując przesłankę art. 255 pkt 6 ustawy Pzp musimy mieć do czynienia
z wadą postępowania, przy czym nie może to być jakiekolwiek wada i naruszenie przepisów ustawy Pzp ale takie, które powoduje, że nie jest możliwe zawarcie w tym postępowaniu niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby taka wada w tym postępowaniu nie zaistniała. Wprawdzie doszło
w niniejszym postępowaniu do naruszenia art. 98 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, który to przepis określa termin i przesłanki zwrotu wadium. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przepis ten ma charakter przepisów bezwzględnie obowiązujących i określa w jakim terminie i na jakich zasadach następuje zwrot wniesionego w postępowaniu wadium. Przyznał to sam zamawiający w swoim piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie.

Izba podziela zatem ocenę odwołującego 1, że złożenie przez zamawiającego oświadczenia o zwrocie wadium odwołującemu 1 i Comarch, było sprzeczne z przywołanymi wyżej przepisami, ponieważ zostało złożone w okolicznościach, w których nie zaszła żadna
z przesłanek opisanych w art. 98 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w szczególności wykonawcy nie złożyli wniosku o zwrot wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nie sposób jednak podzielić oceny odwołującego 1 co do skutków dokonanej przez zamawiającego czynności, w szczególności nie sposób zgodzić się, że wadliwie dokonana czynność miałaby powodować konieczność unieważnienia postępowania. Gdyby bowiem Izba doszła do takich wniosków, to musielibyśmy zaakceptować sytuacje, w których zamawiający dokonując zwrotu wadium w postępowaniu w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp
(nie sposób wykluczyć, że również w sposób zamierzony), następnie decydowali
o unieważnieniu postępowania, powołując się na okoliczność, że czynność przez nich dokonana była sprzeczna z ustawą Pzp.

Nie sposób także podzielić tezy odwołującego 1, że wskutek tej czynności, zaistniały przesłanki określone w art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp i zarówno oferta odwołującego 1,
jak i wykonawcy Comarch powinny zostać odrzucone. Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że cytowana przez niego podstawa prawna, wiąże odrzucenie oferty z czynnościami lub zaniechaniami wykonawcy, a nie zamawiającego. Uzależnia bowiem odrzucenie oferty

od tego, że wykonawca zaniechał wniesienia wadium, wniósł je w sposób nieprawidłowy, zaniechał jego utrzymywania nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium. Brak jest natomiast w ustawie Pzp przepisu, który by wiązał odrzucenie oferty w związku z czynnością zwrotu wadium dokonaną przez zamawiającego, w okolicznościach innych niż przewidziane w ustawie Pzp. Przepis ten został bowiem skonstruowany w taki sposób, aby w przypadkach takich, z jakim mamy do czynienia w niniejszej sprawie - wykonawcy nie ponosili skutków nieprawidłowych działań zamawiającego, który wykonał czynność niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Izba nie zgadza się też z twierdzeniem, jakoby czynność zamawiającego miała spowodować rozwiązanie stosunku prawnego nawiązanego przez złożenie oferty. Przepis art. 98 ust. 3 ustawy Pzp niewątpliwie łączy rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą i utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej ze złożeniem wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w ust. 2 tego przepisu. Z kolei w tym przypadku złożenie wniosku o zwrot wadium, jak podkreśla sam odwołujący 1 nie nastąpiło, w związku z tym nie doszło do rozwiązania stosunku prawnego z odwołującym 1 czy też Comarch. W końcu też odwołujący 1 nie został pozbawiony prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej - wniesienia odwołania, gdyż to zostało przez niego wniesione i przyjęte przez Izbę do rozpoznania.

Należy również przypomnieć, że 30 listopada 2021 r. upłynął termin związania ofertą, a zatem zamawiający mógł zwrócić wadium bez wniosku wykonawcy. I tak zatem po tym terminie zaistniałby taki skutek, że złożone oferty nie byłyby zabezpieczone wadium.

Co jednak należy podkreślić, nie stoi to na przeszkodzie, aby zamawiający podejmował dalsze czynności w postępowaniu czy też zawarł umowę. Izba podziela bowiem pogląd, wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak też doktrynie, że upływ terminu związania ofertą nie stanowi podstawy do uznania, że oferty złożone w postępowaniu są nieistniejące, a w konsekwencji nie mogą zostać wybrane.

W świetle zaprezentowanego wyżej poglądu nie sposób również stwierdzić, iż doszło, jak wskazuje odwołujący 1, do zróżnicowania pozycji poszczególnych wykonawców w postępowaniu. Skoro bowiem kwestia zabezpieczenia oferty wadium nie ma wpływu na czynności, które wykonuje zamawiający w toku przetargu, w tym możliwość dokonania wyboru oferty czy też kwestię wniesienia środka ochrony prawnej - odwołania, tym samym dokonanie przez zamawiającego zwrotu wadium nie wpłynęło w żaden sposób na kwestie równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że dokonanie zwrotu wadiów do jakiego doszło w przedmiotowej sprawie, w żadnym razie nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania. Przesłanki nieważności umowy określone zostały w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, który zawiera zamknięty i ściśle określony katalog sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Przy czym tylko i wyłącznie przesłanki unieważniania umowy tam wskazane, mogą stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy należy stwierdzić, że w przypadku prowadzonego przez zamawiającego postępowania żadna z przesłanek wymienionych w przepisie art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaistniała.

W związku z powyższym zarzuty w tym zakresie podlegały oddaleniu.

Izba nie podzieliła również oceny odwołującego 1 w zakresie, w jakim podnosił zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Gabos, a także art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Gabos w sytuacji, gdy wykonawca ten nie złożył próbki w przetargu (brak „sumy kontrolnej" pliku próbki), co zgodnie z postanowieniami SWZ skutkuje odrzuceniem oferty, ewentualnie uznanie, że próbka nie powinna podlegać ocenie i otrzymać dodatkowych punktów.

W pierwszej kolejności rozpoznając powyższy zarzut Izba ustaliła brzmienie zapisów SWZ, które dotyczyły obowiązku podania sumy kontrolnej. Zgodnie z Rozdziałem X - Opis sposobu obliczania ceny oferty, pkt 3, kryterium "funkcjonalność systemu", ppkt 3:

„4) Wykonawca zobowiązany jest do przesłania poprzez elektroniczną platformę przetargową Zamawiającego jednego pliku prezentacji lub wielu plików prezentacji zawierających w nazwie numer wskazujący na kolejność ich odtwarzania. W przypadku, gdy Wykonawca napotka na utrudnienia techniczne przy bezpośrednim przesłaniu pliku lub plików zobowiązany jest do przedłożenia za pośrednictwem elektronicznej platformy przetargowej linku (odnośnika), za pośrednictwem którego Zamawiający będzie mógł pobrać plik lub pliki prezentacji posadowione na zewnętrznym zasobie Wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest jednocześnie do umieszczenia w dokumencie z linkiem (odnośnikiem) sumy kontrolnej udostępnionego pliku lub plików (CRC). W przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi różnicę pomiędzy sumą kontrolną zadeklarowaną przez Wykonawcę a rzeczywistą sumą kontrolną pobranego pliku lub plików, nie będą one podlegały ocenie. 5) Wykonawca zobowiązany jest do wprowadzenia do treści oferty sumy kontrolnej CRC pliku przedkładanego do oceny.

W przypadku różnicy pomiędzy podaną sumą kontrolną CRC pliku a jej rzeczywistą wartością dla przedłożonego pliku, Zamawiający dokona odrzucenia oferty jako nieważnej."

Dodatkowo, jako że zapisy powyższe budziły wątpliwości jednego z wykonawców, zamawiający pismem z 21 maja 2021 r. udzielił odpowiedzi na następujące pytanie: „Zamawiający wymaga dostarczenia sumy kontrolnej do przesyłanych plików prezentacji.

W pkt. 4 wskazuje, że gdy Zamawiający stwierdzi różnicę pomiędzy sumą kontrolną zadeklarowaną przez Wykonawcę a rzeczywistą sumą kontrolną pobranego pliku lub plików, nie będą one podlegały ocenie, tj. nie otrzyma się punktów, natomiast w pkt. 5 Zamawiający wskazuje, że w przypadku różnicy pomiędzy podaną sumą kontrolną CRC pliku, a jej rzeczywistą wartością dla przedłożonego pliku, Zamawiający dokona odrzucenia oferty jako nieważnej. Zwracamy uwagę, że są to dwa zupełnie różne, wykluczające się podejścia. Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi różnicę pomiędzy sumą kontrolną zadeklarowaną przez Wykonawcę a rzeczywistą sumą kontrolną pobranego pliku lub plików, nie będą one podlegały ocenie", wyjaśniając: „Zamawiający potwierdza, że w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi różnicę pomiędzy sumą kontrolną zadeklarowaną przez Wykonawcę a rzeczywistą sumą kontrolną pobranego pliku lub plików, nie będą one podlegały ocenie".

Na podstawie wyżej zacytowanych postanowień SWZ, w ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że zamawiający co do zasady przewidywał, że przekazanie plików z prezentacją powinno nastąpić wraz z ofertą, poprzez elektroniczną platformę przetargową. Dopiero

w przypadku, gdy dany wykonawca napotka na utrudnienia techniczne przy bezpośrednim przesłaniu pliku lub plików, zobowiązany jest do przedłożenia za pośrednictwem elektronicznej platformy przetargowej linku (odnośnika), za pośrednictwem którego zamawiający będzie mógł pobrać plik lub pliki prezentacji posadowione na zewnętrznym zasobie wykonawcy. Tylko
w tym przypadku SWZ wymagała, aby wykonawca w dokumencie z linkiem (odnośnikiem) umieścił sumę kontrolną udostępnionego pliku z prezentacją.

O tym, że wyłącznie taka interpretacja zapisów SWZ jest słuszna świadczy następujący fragment pkt 4 cytowanego powyżej: „W przypadku, gdy Wykonawca napotka na utrudnienia techniczne przy bezpośrednim przesłaniu pliku lub plików zobowiązany jest do przedłożenia za pośrednictwem elektronicznej platformy przetargowej linku (odnośnika), za pośrednictwem którego Zamawiający będzie mógł pobrać plik lub pliki prezentacji posadowione
na zewnętrznym zasobie Wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest jednocześnie
do umieszczenia w dokumencie z linkiem (odnośnikiem) sumy kontrolnej udostępnionego pliku lub plików (CRC). W przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi różnicę pomiędzy sumą kontrolną zadeklarowaną przez Wykonawcę a rzeczywistą sumą kontrolną pobranego pliku lub plików, nie będą one podlegały ocenie".

Odwołujący opiera się na własnej interpretacji postanowień SWZ wywodząc, że skoro w pkt 5 znalazło się zobowiązanie do wprowadzenia do treści oferty sumy kontrolnej CRC,
to należy stwierdzić, że dotyczy to każdego przypadku. Tymczasem zapis ten należy czytać łącznie z pkt 4, który w sposób jednoznaczny przesądza, że wyłącznie wtedy, kiedy wykonawca nie przesłał pliku bezpośrednio, ale posłużył się linkiem, to w takiej sytuacji musi także wpisać sumę kontrolną w formularzu oferty. Uregulowanie zawarte w pkt 5 jest więc niejako „dopełnieniem" obowiązku nałożonego na wykonawcę, który opisano w pkt 4. Wprowadza również sankcję, która spotka wykonawcę w przypadku, gdy zamawiający stwierdzi rozbieżność pomiędzy sumą kontrolną z linku a sumą kontrolną podaną w ofercie
i nie jest to odrzucenie oferty, ale przyznanie ofercie zero punktów w tym kryterium.

Nie sposób również stwierdzić, że postanowienia te zostały zmodyfikowane, w związku z udzieleniem przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie 21. Wyjaśniając wątpliwości jednego z wykonawców zamawiający rozstrzygnął wyłącznie kwestię, jaki skutek będzie miała rozbieżność pomiędzy sumą kontrolną wpisaną do formularza oferty, a faktyczną sumą kontrolną pobranego pliku tj. czy nastąpi odrzucenie oferty, czy próbka nie będzie podlegała ocenie. W związku z powyższym sama odpowiedź nie kreuje w żaden sposób nowych postanowień, nakładających na wykonawców nowe obowiązki, w tym w szczególności opatrywania każdego pliku z prezentacją sumą kontrolną. Same zapisy SWZ, w szczególności cytowany pkt 4 i pkt 5 nie zostały zmodyfikowane, a zatem i konsekwencje, które zostały w tej odpowiedzi przewidziane - brak dokonania oceny plików, należy odnosić jedynie do przypadku podania sumy kontrolnej pliku udostępnianego linkiem i jej różnicy z sumą kontrolną zadeklarowaną dla tego przypadku w ofercie.

Tym samym należało stwierdzić, że z literalnego brzmienia zapisów SWZ wynika,
że tylko w przypadku, gdy plik nie zostaje złożony przez platformę przetargową, ale jest udostępniany przy pomocy linku - należy zastosować sumę kontrolną. Zatem sumy kontrolnej nie muszą posiadać pliki, które są zamawiającemu przekazywane bezpośrednio, za pomocą platformy przetargowej, bez korzystania z pośrednictwa odnośnika i zewnętrznego zasobu wykonawcy.

Bez znaczenia jest przy tym argumentacja, że w samym formularzu oferty przewidziano rubrykę, w której wykonawca podawał sumę kontrolną. To bowiem zapisy SWZ decydują
w jaki sposób, i w jakich przypadkach, nałożono na wykonawcę obowiązek wypełnienia przesłanego formularza. Stanowi on pewien wzór, który jest przekazywany wykonawcom
w postępowaniu, zaś jego wypełnienie odbywa się zgodnie z uregulowaniami zawartymi
w dokumentacji postępowania. W zależności od sytuacji danego wykonawcy, wzór ten może być przez niego modyfikowany, jak to miało miejsce w tym przypadku (skoro Gabos umieścił plik na platformie zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, nie był zobligowany do podania sumy kontrolnej w złożonych przez siebie formularzu oferty).

Należy również wskazać, że taka wykładania cytowanych postanowień SWZ, jest racjonalna i uzasadniona z punktu widzenia celowości i logiki. Tylko bowiem w sytuacji,
gdy plik jest udostępniany zamawiającemu do pobrania z wykorzystaniem linka „zewnętrznego", zamawiający po otwarciu ofert musi samodzielnie pobrać plik,
z wykorzystaniem linka udostępnionego przez wykonawcę. Wówczas, porównując sumę kontrolną pobranego w taki sposób pliku, z sumą kontrolną zapisaną w ofercie, może zweryfikować czy plik taki istniał przed terminem składania ofert, a nie na przykład został przygotowany później, czyli że całość oferty została przygotowana przed jej złożeniem.

W konsekwencji Izba uznała, że nie zachodzi w niniejszej sprawie zarzucana przez odwołującego niezgodność treści oferty Gabos z treścią SWZ, w związku z czym zarzut podlegał oddaleniu. SWZ nie precyzowała, że wykonawca jest zobowiązany do tego, aby wpisywać sumę kontrolną do formularza w sytuacjach, gdy przesyła pliki wraz z ofertą, a taki sposób wybrał Gabos, przekazując sześć filmów. Pliki te zostały wgrane na Platformę zakupową zamawiającego, z kolei z tą chwilą Gabos utracił możliwość jakiejkolwiek modyfikacji czy ingerencji w przesłane materiały.

Na zakończenie należy ponownie podkreślić, że ewentualną sankcją przewidzianą przez zamawiającego w SWZ za brak podania sumy kontrolnej, mógł być brak przyznania punktów za próbkę, a nie jak domaga się odwołujący 1 - odrzucenie oferty. Mając jednak na uwadze cytowane wyżej zapisy SWZ, w tym przypadku należy uznać, że Gabos złożył swoją ofertę zgodnie z regulacjami opisanymi w SWZ, w konsekwencji i ta sankcja nie powinna być wobec niego zastosowana.

Odnosząc się z kolei do zarzutów formułowanych wobec oferty Gabos, dotyczących naruszenia art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia wyjaśnień RNC, składanych na wezwanie zamawiającego oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie tych wyjaśnień, a także z ostrożności: naruszenia przepisu art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Gabos jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień RNC złożonych
w trybie art. 224 ustawy Pzp w zakresie kalkulacji cenowej oraz załączników do tej kalkulacji
- Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie z niżej opisanych powodów.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu 1 pisma stanowiącego odpowiedź na wezwanie zamawiającego, jak też samego uzasadnienia zastrzeżenia złożonych wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tych powodów sformułowany przez odwołującego 1 zarzut opierał się na pewnych założeniach

i przypuszczeniach, co nie wykluczało jednak możliwości skutecznego jego podniesienia. Okoliczność, że odwołujący 1 nie sformułował w sposób szczegółowy jakich elementów zabrakło w treści uzasadnienia, nie wskazał na brak konkretnych dowodów i działań wykonawcy Gabos, które powodowałyby konieczność uznania zastrzeżenia za nieskuteczne, w tym przypadku nie mogło stanowić przeszkody formalnej dla rozpoznania zarzutów w tym przedmiocie. Skoro bowiem zamawiający nie udostępnił odwołującemu 1 tych fragmentów pisma, które odnosiły się do przesłanek, dla których Gabos zastrzegł przedmiotowe wyjaśnienia jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, nie można z tych powodów czynić odwołującemu 1 zarzutów.

Izba podziela stanowisko odwołującego 1, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp.

Od zasady tej istnieją jednak pewne wyjątki, które z kolei określa art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa
w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz
z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeżeli zatem wykonawca wykaże zamawiającemu, że zaszły wszystkie przesłanki dla dokonania skutecznego zastrzeżenia - zamawiający musi takie informacje zachować w tajemnicy, zgodnie z wolą wykonawcy.

Podkreślenia wymaga jednak, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to Gabos. Izba wielokrotnie podkreślała
w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem jako takie należy je uznać za bezskuteczne. Powyższe jednak nie może skutkować uwzględnieniem odwołania w niniejszej sprawie, albowiem brak udostępnienia odwołującemu 1 treści uzasadnienia, z jakich powodów owo zastrzeżenie zostało przez Gabos poczynione, nie jest takim naruszeniem, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Przypomnieć należy w tym miejscu, że zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, Izba jedynie w takich przypadkach uwzględnia odwołanie.

Z kolei oceniając samą treść przedstawionego uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba doszła do przekonania, że wykonawca Gabos sprostał, wynikającemu z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp obowiązkowi wykazania, że zastrzegane przez niego informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. W treści uzasadnienia wskazano na charakter informacji
i ich wartość gospodarczą, ograniczony krąg podmiotów znających te informacje oraz wskazano działania podjęte w celu utrzymania tych informacji w poufności. W zakresie zastosowanych środków ochrony - Gabos odniósł się do wcześniej już składanych wyjaśnień, przy okazji wcześniejszego uzasadniania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wyjaśnił w swoim piśmie procesowym Gabos, nie powielał ich, a tylko się na nie powołał, ponieważ zamawiający już nimi dysponował.

Co, zdaniem Izby, kluczowe w rozpoznawanej sprawie wcześniej składane przez Gabos wyjaśnienia w zakresie, w jakim objął on tajemnicą przedsiębiorstwa złożoną przez siebie próbkę, zostały zweryfikowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt. KIO 2737/21. Izba w wyroku z 6 października 2021 r. uznała za skuteczne zastrzeżenie przez Gabos tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji/ prezentacji systemu w postaci nagrań (plik wideo wraz z narracją) plus opisów (próbka), złożonych wraz z ofertą, stwierdzając między innymi w uzasadnieniu: „nie ulega wątpliwości, że zastrzeżone informacje stanowić mogą o wartości gospodarczej dla Wykonawcy. Ujawnienie tych informacji mogłoby doprowadzić do osłabienia pozycji Wykonawcy na rynku wysoce wyspecjalizowanych usług informatycznych, co przekłada się na spadek wartości przedsiębiorstwa i wpływa na możliwość konkurowania podmiotu na danym rynku usług IT. Zapoznanie się przez inne podmioty
z próbką, w tym przede wszystkim z techniczną stroną zastosowanych rozwiązań może wywierać negatywny wpływ na pozycję konkurencyjną Wykonawcy i przyczyniłoby się
do powstania szkody polegającej na utraconych korzyściach z ewentualnych przyszłych zamówień, w których nawet konkretne elementy oferowanego rozwiązania mogłyby znaleźć zastosowanie. Zaś o wartości gospodarczej świadczyć mogą koszty poniesione
na wynagrodzenia zespołu specjalistów, który przygotował próbkę. W ocenie składu nie musi dojść do udostępnienia kodu źródłowego by osoba posiadająca odpowiednie doświadczenie
i umiejętności poznając techniczną warstwę produktu podczas prezentacji próbki, tylko na tej podstawie mogła odkodować elementy istotne dla danego rozwiązania. Tym samym sposób prezentacji, jej przebieg, zobrazowanie jak wymagane funkcjonalności będą wdrożone, przemawia za możliwością objęcia próbki tajemnicą przedsiębiorstwa”. Izba odniosła się także do twierdzeń Gabos w zakresie dotyczącym stopnia skomplikowania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu, twórczego i innowacyjnego charakteru oferowanego rozwiązania, które nie jest powszechnie dostępne uznając, że argumentacja ta stanowi podstawę dla uznania zastrzeżenia plików, w których prezentowana jest próbka, za skuteczne.

Skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni argumentację powyższą podziela, uznając ją za własną. Co jednak istotne dla oceny zarzutów dotyczących braku odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie RNC, skoro sam produkt oferowany przez Gabos, nie został ujawniony do wiadomości pozostałych wykonawców, to tym bardziej wyjaśnienia, które przecież nie tylko pokazują jakie rozwiązania wykonawca przyjął, ale też prezentują w sposób szczegółowy dobór określonych sposobów i metody kalkulacji poszczególnych kosztów, tym bardziej winny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała dokonane zastrzeżenie za skuteczne, a tym samym stwierdziła, że przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Z kolei zarzut, sformułowany przez odwołującego 1, jak sam zaznaczył z ostrożności procesowej, polegający na naruszeniu art. 224 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos w sytuacji, gdy cena wykonawcy jest rażąco niska,
a podmiot ten nie wykazał (w trybie art. 224 ustawy Pzp) realności wykonania zamówienia
w zdeklarowanej cenie - podlegał oddaleniu z tego powodu, iż odwołujący 1 w uzasadnieniu złożonego przez niego odwołania, nie podjął nawet próby wykazania, że cena oferty Gabos jest rażąco niska.

Odwołujący 1, nie znając treści złożonych przez Gabos wyjaśnień, podjął próbę kwestionowania zaoferowanej przez niego ceny za wykonanie zamówienia, odnosząc się

do poszczególnych elementów, składających się na tą cenę i, co sam przyznał „niejako
w ciemno" wymieniał wady, które rzekomo miały występować w treści złożonych wyjaśnień. Odwołujący 1 nie w treści zarzutu dostrzegł wprawdzie, że Gabos został wezwany do wyjaśień RNC jedynie w zakresie pakietu nr 2, jednakże w treści samego uzasadnienia odnosi się
do ceny za wykonanie zamówienia jako całości, nie precyzując czy to kalkulacja w Pakiecie nr 1, czy też za Pakiet nr 2, została przygotowana w taki sposób, że należy uznać cenę oferty Gabos jako rażąco niską. Odwołujący 1 nie formułuje także zarzutu zaniechania przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień w zakresie drugiego z pakietów uznając w ten sposób, że ten został skalkulowany w sposób poprawny.

Odwołujący 1, oprócz domysłów i hipotez, nie przedstawił również żadnych rzeczowych argumentów, jak też jakichkolwiek kalkulacji i dowodów na poparcie swoich tez, które zarzut tak sformułowany mogły czynić wiarygodnym. Oprócz kwestionowania doświadczenia Gabos we wdrażaniu podobnych projektów i podnoszeniu, że „jest to kwota wyjątkowo niska, jak na system służący do komunikacji z pacjentem oraz do wymiany dokumentacji medycznej, realizowany w unikalnej architekturze, nie spotykanej wcześniej na terenie kraju", wskazywaniu na to jakie elementy powinien był przedstawić Gabos w swoich wyjaśnieniach
i jakie dowody złożyć, brak jest odniesienia się do konkretnych fragmentów złożonych wyjaśnień w taki sposób, aby można było mówić o skutecznym ich zakwestionowaniu.

Z pewnością odwołujący 1, który nie mógł zapoznać się z treścią złożonych wyjaśnień, miał w tym zakresie niezwykle trudne zadanie. Jeśli jednak zdecydował się na sformułowanie przedmiotowego zarzut, to jego obowiązkiem było wykazać jego zasadność.

Przypomnieć należy, że Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia prawidłowość działań zamawiającego podejmowanych w postępowaniu i w tym zakresie nie sposób dopatrzeć się wskazywanych przez odwołującego 1 naruszeń. Zamawiający wezwał Gabos do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC dla Pakietu numer 2. Gabos, w odpowiedzi
na wezwanie, złożył zamawiającemu wyjaśnienia, w których podał sposób wyceny, identyfikowane elementy kosztowe, koncepcję realizacji, zakładaną pracochłonność
i kalkulowane przez siebie stawki. Pewne elementy zamówienia zostały skalkulowane
w oparciu o oferty innych podmiotów, na okoliczność czego Gabos przedłożył stosowne dowody.

Tym samym, stosownie do przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że to na odwołującym ciąży obowiązek wskazywania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne, zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez Gabos nie podlegał uwzględnieniu.

Odwołujący 1 sformułował także zarzuty w zakresie dotyczącym czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu, odnoszących się do oferty złożonej przez wykonawcę Comarch. Analogicznie, jak w przypadku Gabos podnosił, że zamawiający zaniechał odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień RNC złożonych w trybie art. 224 ustawy Pzp w zakresie kalkulacji cenowej oraz załączników do tej kalkulacji. W ten sposób doszło do naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że zarzuty te nie znajdują potwierdzenia w dokumentacji postępowania, stąd podlegały one oddaleniu.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że wbrew stanowisku odwołującego 1, który wskazywał, że niezasadne jest zastrzeganie całości wyjaśnień RNC, Comarch nie objął tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich dokumentów, a jedynie tą część składanych wyjaśnień, która odnosiła się do sposobu kalkulacji ceny oferty, cen i kosztów jednostkowych, metod kalkulowania poszczególnych elementów składowych, wskazywała na źródła pozyskiwania oszczędności. Tym samym jedynie treści, co do których Comarch stwierdził, że zawierają elementy stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa, takiego zastrzeżenia dokonał. Jednocześnie wyjaśnił to w treści uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji, jako tajemnica, które to były znane odwołującemu 1.

W prawdzie zastrzeżenie budzi, jak już Izba wcześniej zaznaczyła, zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, samych wyjaśnień z jakich to powodów Comarch uznał,
że składane wyjaśnienia RNC są tajemnicą jego przedsiębiorstwa (w tym wypadku wprawdzie tylko część, a nie całość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy została utajniona), jednakże jak w przypadku Gabos okoliczność, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu 1 tego uzasadnienia w całości nie powoduje, że zarzut ten zasługiwał na uwzględnienie.
Jak zaznaczono wcześniej, brak udostępnienia odwołującemu 1 pełnej treści uzasadnienia,
z jakich powodów owo zastrzeżenie zostało przez Comarch poczynione, nie jest takim naruszeniem, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne, a zgodnie z art. 554 ust. 1 ustawy Pzp Izba jedynie w takich przypadkach uwzględnia odwołanie.

Z kolei oceniając pełną treść przedstawionego uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba doszła do przekonania, że wykonawca Comarch sprostał, wynikającemu z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp obowiązkowi wykazania, że zastrzegane przez niego informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa
lub inny posiadający wartość gospodarczą. W szczególności, wbrew stanowisku odwołującego 1, Comarch wykazał w sposób wystarczający wartość gospodarczą zastrzeganych danych. Sposób kalkulacji ceny oferty, przyjęte założenia, metodologia, warunki współpracy
z dostawcami, w końcu sposób wykonywania tych usług, niewątpliwie stanowi wartość gospodarczą. Zapoznanie się z metodami ustalania kosztów, planowania zysków, doborem właściwych rozwiązań technicznych, niewątpliwie może zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy w przyszłości.

Tym samym należy uznać, że zamawiający zasadnie ograniczył innym wykonawcom dostęp do tych informacji a w konsekwencji przedmiotowy zarzut należało oddalić.

W zakresie zarzutu, który odwołujący 1 sformułował z ostrożności procesowej,
na wypadek gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień RNC, polegający na naruszeniu art. 224 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch w sytuacji, gdy cena wykonawcy jest rażąco niska, a podmiot ten nie wykazał (w trybie art. 224 ustawy Pzp) realności wykonania zamówienia w zdeklarowanej cenie, Izba po analizie uzasadnienia odwołania, doszła
do podobnych wniosków, jak w przypadku zarzutów formułowanych w odniesieniu do oferty Gabos.

Odwołujący 1, poza rozważaniami na temat kosztów wdrożenia, gwarancyjnych, serwisowych, jakie jak wskazywał „zakłada", nie podał w tym zakresie żadnych argumentów, które świadczyłyby o nierynkowej cenie oferty Comarch. Również w tym przypadku odwołujący 1 nie pokusił się nawet o przygotowanie własnej kalkulacji, która miałaby pokazać w jakim aspekcie i z jakich powodów należałoby stwierdzić, że cena oferty tego wykonawcy nie pozwala na realizację przedmiotowego zamówienia.

Również za bezpodstawne należy uznać wywody odwołującego 1 w zakresie, w jakim podnosił, że Comarch błędnie skalkulował koszty realizacji zamówienia, przyjmując tą samą cenę realizacji zamówienia/ per szpital w pakiecie nr 1 i pakiecie nr 2. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zamawiający nigdzie w treści SWZ nie wskazywał w jaki sposób wykonawcy powinni kalkulować cenę oferty, stąd przyjęcie takiej właśnie metodologii,
jak to zrobił Comarch, było dopuszczalne. Ponadto każdy wykonawca ubiegający się o dane zamówienie ma prawo przyjmować pewne założenia i w konsekwencji szacować
i przewidywać koszty w taki sposób, jaki jest właściwy dla niego. Bez znaczenia jest zatem okoliczność, że zamawiający zastrzegł, że może unieważnić postępowanie w pakiecie nr 2,
w konsekwencji oprogramowanie zostanie dostarczone wyłącznie do 11, nie zaś do 15 szpitali. Nie oznacza to, że koszty, które uwzględni wykonawca w pakiecie 1 muszą być znacząco wyższe tylko z tego powodu, że pakiet nr 2 nie musi zostać zrealizowany. Odwołujący 1 oprócz tego, że twierdził, że sam sposób kalkulacji jest nieprawidłowy, nie wskazał nawet jak, w jego ocenie, te koszty powinny zostać podzielone i z jakich powodów.

Mając na uwadze powyższe, stosownie do przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że to na odwołującym ciąży obowiązek wskazywania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne, zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez Comarch należało oddalić.

Sygn. akt KIO 3514/21

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący 2, analogicznie jak odwołujący 1, podnosił zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, z uwagi
na dokonanie wadliwej czynności oceny oferty Gabos, poprzez przyznanie punktów
w kryterium funkcjonalność systemu ocenianym w oparciu o złożoną próbkę, której to próbki zamawiający nie powinien oceniać oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna
z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, co wynika z braku podania w Formularzu ofertowym wymaganej sumy kontrolnej udostępnionego pliku lub plików (CRC).

Z powyższych powodów, pozostają w pełni aktualne twierdzenia i wnioski zawarte
w uzasadnieniu jak w sprawie o sygn. akt KIO 3513/21.

W dalszej części odwołujący 2 wskazywał również na naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, z uwagi na złożenie wraz z ofertą próbki systemu z wykorzystaniem prawdziwych danych osobowych rzeczywistego pacjenta, co wyklucza możliwość złożenia próbki/ prezentacji gotowego rozwiązania działającego w środowisku testowym wykonawcy, zgodnie z wymogami SWZ. Ponadto, z ostrożności procesowej zarzucił naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, z uwagi na dokonanie wadliwej czynności oceny oferty Gabos, poprzez przyznanie niezgodnie z postanowieniami SWZ punktów
w zakresie poza cenowego kryterium oceny ofert tj. kryterium funkcjonalność systemu.

Izba, w pierwszej kolejności, ustaliła zapisy SWZ, które miały zastosowanie
do rozpoznania przedmiotowego zarzutu. W tym zakresie w szczególności należało zwrócić uwagę na zmianę SWZ, dokonaną przez zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców. Pismem z 10 maja 2021 r., wyjaśniając zapisy SWZ dotyczące opisu kryterium „Funkcjonalność systemu", na pytanie nr 208 o treści: „Prosimy o jasne doprecyzowanie jakie elementy mają się znajdować w poszczególnych zakresach prezentacji (A,B,C) wraz ze wskazaniem jasnych kryteriów oceny i punktacji. Co Zamawiający rozumie przez prezentację gotowego rozwiązania działającego na środowisku rzeczywistym ?" udzielił następującej odpowiedzi: „Zgodnie z SWZ. Zamawiający będzie oceniał zgodność poszczególnego zakresu z zapisami SWZ. Poprzez prezentację gotowego rozwiązania działającego na środowisku rzeczywistym Zamawiający rozumie zaprezentowanie funkcjonalności rozwiązania
o podobnym schemacie działania co opisany w SWZ w środowisku innego podmiotu, gdzie takowe rozwiązanie zostało wdrożone produkcyjnie. Prezentacja taka powinna uwzględniać zachowanie anonimowości danych".

Odwołujący 2 zaskarżył powyższe postanowienia SWZ do Krajowej Izby Odwoławczej (sprawa o sygn. akt: KIO 1505/21) stojąc na stanowisku, że czynność zamawiającego polegająca na wskazanej powyżej zmianie dokonana została w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 czerwca 2021 r., znak pisma DW-35/20-PN/14-2021 zamawiający uwzględnił żądanie odwołującego 2 i dokonał modyfikacji SWZ
w następujący sposób: „Prezentacja gotowego rozwiązania działającego w środowisku testowym Wykonawcy (wymagane przedłożenie wraz z SIWZ prezentacji rozwiązania w formie pliku wideo wraz z narracją) z uwzględnieniem konieczności zmian zapisów SWZ w zakresie wymagań próbki związanych z przyjęciem rozwiązania w postaci prezentacji gotowego rozwiązania działającego w środowisku testowym Wykonawcy". Ponadto, zamawiający dokonał modyfikacji Arkusza Funkcjonalności do Prezentacji, w którym zawarł zapisy: „Kryterium nr 3 - Sposób prezentacji wybranych funkcjonalności systemu 32%. 32 PKT - Prezentacja gotowego rozwiązania działającego w środowisku testowym Wykonawcy".

Tym samym, zgodnie ze zmienionymi zapisami SWZ, wykonawcy zobowiązani byli do złożenia próbki systemu, a prezentacja gotowego rozwiązania miała zostać przeprowadzona na środowisku testowym wykonawcy. Sformułowanie takie oznacza zatem, że wykonawca miał pełną autonomię w tym, aby w sposób dowolny ukształtować środowisko testowe,
w którym działało prezentowane oprogramowanie. Warunkiem koniecznym było jedynie, aby środowisko to umożliwiało zaprezentowanie wszystkich wymaganych funkcjonalności.

Odwołujący 2 twierdził, że nie ma możliwości złożenia próbki systemu w zakresie wszystkich wymaganych przez zamawiającego funkcjonalności na środowisku testowym,
z wykorzystaniem danych rzeczywistych. Swoje stanowisko opierał w szczególności na treści korespondencji, prowadzonej z Centrum e-Zdrowia w Warszawie (dalej „CeZ") w październiku 2020 r. Wywodził, że środowisko testowe, z którego skorzystać winien wykonawca powinno odnieść się do środowiska testowego (integracyjnego), udostępnianego przez CeZ dla integratorów. Jego zdaniem tylko to środowisko pozwala zweryfikować czy oferowane oprogramowanie

zostało przygotowane na wymianę danych i dokumentacji z Platformą P1.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że odwołujący 2 dokonuje interpretacji zapisów SWZ w sposób, który nie wynika z literalnego jej brzmienia. Wymogi prezentacyjne, po dokonanej zmianie SWZ zostały przez zamawiającego złagodzone, a zmiana
ta spowodowała, że wymaganie, aby zaprezentować gotowe rozwiązanie w środowisku rzeczywistym zostało zmienione i dopuszczono prezentację rozwiązania na środowisku testowym (co ważne, bez doprecyzowania jednak, co należy rozumieć pod określeniem środowiska testowego). Ponadto, wbrew twierdzeniom odwołującego 2 zamawiający,
do prezentacji przesyłania danych dotyczących zdarzeń medycznych, nie nakazał wykorzystania środowiska testowego systemu P1. W pkt 1 i 2 Tabeli – zakres funkcjonalności do próbki (Formularz ofertowy) zamawiający wprost określił: „Zamawiający proponuje wykorzystać środowisko testowe na P1". Propozycja wykorzystania danego środowiska nie stanowi, co oczywiste, wiążącego wymagania, tym samym nie sposób stwierdzić, że warunki zamówienia precyzowały jakie konkretne środowisko ma być wykorzystane celem prezentacji rozwiązania. Przeciwnie, zgodnie z warunkami zamówienia, miało to być środowisko testowe wykonawcy, a więc środowisko, które jak wskazano wyżej kształtował dowolnie wykonawca. Nie sposób zatem uznać, że treść oferty Gabos jest niezgodna z zapisami SWZ.

Należy również wskazać, że odwołujący 2 nie miał możliwości dokonania weryfikacji
w zakresie czy rozwiązanie Gabos spełnia wymagane przez zamawiającego funkcjonalności, gdyż nie mógł zapoznać się z treścią nagrań, na których Gabos je zaprezentował. Jak już wcześniej była o tym mowa, nagrania te zostały, zgodnie z wymaganiami zamawiającego złożone wraz z ofertą, a Gabos zastrzegł je jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Z kolei zasadność tego zastrzeżenia została potwierdzona przez Krajową Izbę Odwoławczą
w sprawie o sygn. akt KIO 2737/21. Gabos złożył w charakterze próbki nagrania prezentacyjne, w których pokazano wszystkie wymagane funkcjonalności, co zostało przez zamawiającego poddane weryfikacji, i za co zamawiający przyznał ofercie Gabos maksymalną ilość punktów. Odwołujący 2 nie ma wiedzy co do tego w jaki sposób zostało skonstruowane środowisko testowe wykonawcy i do prezentacji jakich funkcjonalności zostały użyte dane rzeczywiste. Odwołanie opiera się również na założeniu, że wszystkie dane w prezentacjach były danymi rzeczywistymi, co nie miało miejsca.

W kwestii domniemania odwołującego 2, że tylko środowisko testowe, którego parametry wskazał on w odwołaniu, umożliwiało zaprezentowanie wszystkich wymaganych funkcjonalności należy stwierdzić, że stanowisko to jest w tym aspekcie niespójne. Z jednej strony bowiem odwołujący 2 podnosi, że tylko określone środowisko testowe umożliwiało zaprezentowanie wszystkich funkcjonalności, a nie pozwalało na to środowisko oparte o dane rzeczywiste, z drugiej zaś strony nie wyklucza, że środowisko rzeczywiste umożliwia również zaprezentowanie funkcjonalności, ale wymaga zrealizowania realnego świadczenia medycznego.

Odwołujący 2 na rozprawie opisywał w jaki sposób i na jakim środowisku winny być zaprezentowane funkcjonalności tak, aby zamawiający mógł zweryfikować czy produkt przygotowany przez wykonawcę spełnia wymagania zamawiającego. Wywodził, że nie jest możliwe przeprowadzenie takiej prezentacji z wykorzystaniem rzeczywistych danych, gdyż konieczne byłoby w takim przypadku użycie rzeczywistego kodu lekarza, wprowadzenie
do systemu określonego zdarzenia medycznego, a to z kolei (nawet w przypadku anulowania tego zdarzenia) pozostawiłoby trwały ślad w systemie. Odwołujący 2 przedstawił przy tym swój sposób rozumienia wymagań zamawiającego i przyjętą przez siebie koncepcję, w jaki sposób próbka mogła zostać przez Gabos zaprezentowania. Zamawiający z kolei opisał jak,
w rzeczywisty sposób, zostało przez niego zweryfikowane spełnianie przez system wymaganych funkcjonalności, co znajduje odzwierciedlenie w aktach sprawy (prezentacja próbki objęta tajemnicą przedsiębiorstwa). Jak wynika z dokumentacji postępowania, wszystkie funkcjonalności zostały zaprezentowane, tym samym przygotowane przez Gabos środowisko testowe należy uznać za wystarczające.

Odnosząc się z kolei do argumentacji odwołującego, w której odnosił się do fragmentu stanowiska procesowego Gabos, wyrażonego w innej sprawie odwoławczej (KIO 2737/21) stwierdzić należy, że takie stanowisko nie może stanowić podstawy zarzutu w zakresie niezgodności treści oferty z SWZ. Ponadto, co wynika z treści oświadczenia z 22 grudnia
2021 r. radcy prawnego, reprezentującego Gabos w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 2737/21, jego stanowisko procesowe było prezentowane w zakresie zarzutów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa, zaprotokołowana wypowiedź tylko w części oddawała wypowiedź pełnomocnika, która z oczywistych względów w protokole została skrócona. Izba wzięła pod uwagę powyższy dowód w zakresie, w jakim stanowisko pełnomocnika Gabos odnosiło się do twierdzeń odwołującego 2, który na podstawie treści jego wypowiedzi wyciągał wnioski w zakresie braku zgodności próbki z treścią SWZ.

Należało zatem stwierdzić, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Gabos. Z kolei odnosząc się do kwestii przyznania Gabos maksymalnej liczby punktów
w kryterium, odwołujący 2 nie uzasadnił z jakich przyczyn punktacja ta miałaby zostać obniżona czy też gdzie należy upatrywać braków w próbce złożonej przez tego wykonawcę.
Z powyższych powodów zarzuty odwołującego 2 w omawianym zakresie podlegały oddaleniu.

Izba oddaliła także zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, a także niezgodna z przepisami ustawy.

W pierwszej kolejności odwołujący 2 zwracał uwagę na to, że próbka systemu Gabos została złożona z wykorzystaniem danych osobowych osoby, która wyraziła zgodę
na przetwarzanie tych informacji tylko na potrzeby przedstawienia próbki zamawiającemu,
co wywodził ze stanowiska Gabos zaprezentowanego na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 2737/21. W tym też dopatrywał się sprzeczności treści złożonej oferty z warunkami zamówienia, dotyczącymi przechowywania i udostępniania dokumentacji przetargowej oraz zasadami przetwarzania danych osobowych. Ponadto twierdził, że skoro próbka została złożona z wykorzystaniem danych osobowych osoby, która wyraziła zgodę na przetwarzanie tych informacji tylko na potrzeby przedstawienia próbki zamawiającemu - pozostaje
to w sprzeczności z zapisami ustawy w zakresie dokumentowania przebiegu postepowania
o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba oddaliła zarzuty dotyczące braku zgodności treści oferty Gabos z treścią SWZ, gdyż odwołujący 2 w swojej argumentacji opierał się nie na określonych w treści SWZ zapisach i stwierdzonych przez niego niezgodnościach treści oferty (w tym przypadku próbki) z treścią jasno sprecyzowanych przez zamawiającego wymagań, gdyż za takie nie można uznać fragmentu o konieczności przechowywania dokumentacji prowadzonego postępowania przez okres wskazany w ustawie Pzp. Podstawą, która miałaby powodować skutek w postaci odrzucenia oferty Gabos był fakt, że osoba prezentująca rozwiązanie wyraziła zgodę na przetwarzanie tych danych wyłącznie na potrzeby prezentacji próbki (co odwołujący 2 stwierdził nie na podstawie samej prezentacji, ale wywiódł z treści stanowiska pełnomocnika Gabos prezentowanego podczas rozprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 2737/21). Z kolei zgodnie z cytowanym przez odwołującego zapisem SWZ, zamawiający wskazał,
że przechowuje protokół z prowadzonego postępowania przez okres 4 lat od daty zakończenia postępowania.

Tym samym nie sposób stwierdzić w którym miejscu treść złożonej oferty była niezgodna z wyrażonymi przez zamawiającego wymaganiami. Z jednej bowiem strony odwołujący 2 powoływał się na oświadczenie osoby składane podczas prezentacji próbki
(do której nie miał dostępu), z drugiej na hipotetyczną sytuację, w której odwołanie przez tą osobę zgody na przetwarzanie danych - spowoduje brak możliwości przechowywania przez zamawiającego protokołu z prowadzonego postępowania. Takie sformułowanie zarzutów nie może być podstawą do ich uwzględnienia w szczególności, gdy mamy do czynienia z sankcją w postaci konieczności odrzucenia oferty wykonawcy.

Z kolei w kwestii zgodności treści oferty z przepisami ustawy przywołać należy
w pierwszej kolejności zapisy Rozdziału I SWZ: „zamawiającyprzechowuje protokół postępowania wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania
o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący jego nienaruszalność. Jeżeli okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego przekracza 4 lata, Administrator przechowuje protokół postępowania wraz z załącznikami przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Administrator przechowuje dokumentację konkursu przez okres 4 lat od dnia ustalenia wyników konkursu w postaci, w jakiej została ona sporządzona lub przekazana, w sposób gwarantujący jej nienaruszalność i możliwość odczytania zgodnie z Ustawą pzp (art. 78 ust. 1 i ust. 4, art. 358 ust. 1) (…) Nie przysługuje prawo do usunięcia danych, prawo sprzeciwu wobec przetwarzania danych osobowych".

Tym samym zamawiający wskazał, że podstawę przetwarzania danych osobowych wykonawców stanowią przepisy ustawy Pzp (art. 78 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 358 ust. 1).
Co więcej, osoby, których dotyczą te dane osobowe nie mają prawa do żądania od zamawiającego usunięcia danych z uwagi na uregulowanie zawarte w art. 17 ust. 3 lit. b, d lub e rozporządzenia RODO, co zamawiający również zastrzegł. Przypomnieć należy,
że w dokumentacji postępowania znajdują się różne dane osobowe, nie tylko te które dotyczą wykonawcy Gabos, ale też innych wykonawców ubiegających się o to zamówienie i zawarto je nie tylko w prezentacji, ale też innych dokumentach. W każdym tym przypadku, podstawą prawną przetwarzania danych osobowych, będą wskazane wyżej przepisy ustawy Pzp. Z kolei wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, zobowiązani byli poinformować o tym właściwe osoby, wypełniając własne obowiązki informacyjne.

Wykonawcy, w tym Gabos w treści formularza ofertowego zobowiązani byli złożyć oświadczenie, że wypełnili obowiązki informacyjne przewidziane w art. 13 lub art. 14 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE
- ogólne rozporządzenie o ochronie danych - RODO (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1) wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskali,
w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Tym samy, jeżeli w próbce pojawiają się jakieś rzeczywiste dane osobowe, to osoby których te dane dotyczą zostały poinformowane o podstawach prawnych ich przetwarzania.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego 2 kwestii wycofania zgody
na przetwarzanie danych osobowych, podtrzymując w pełni powyższą argumentację, przywołać należy także przepis art. 17 ust. 1 lit. b) Rozporządzenia RODO, z którego wynika, że cofnięcie zgody na przetwarzanie danych osobowych przez osobę, której dane dotyczą jest skuteczne tylko wtedy, gdy nie ma innej podstawy prawnej przetwarzania. W przedmiotowym zaś przypadku istnieje taka podstawa prawna przetwarzania danych osobowych, w postaci prawnego obowiązku ciążącego na administratorze, dlatego wycofanie zgody przez osobę, której dane dotyczą niczego nie zmienia w uprawnieniach zamawiającego do ich przetwarzania.

Mając na względzie powyższe Izba uznała, iż nie ma jakiegokolwiek zagrożenia
dla wykonywania przez zamawiającego nałożonych na niego obowiązków, w zakresie dokumentowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przechowywania protokołu postępowania. W konsekwencji zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw
do odrzucenia ofert Gabos z powodów wskazywanych przez odwołującego 2.

Odwołujący 2 podnosił również, że oferta Gabos powinna zostać odrzucona, gdyż została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jego zdaniem Gabos nie udowodnił zamawiającemu, iż realizując zamówienie, będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami DGT Sp. z o.o., w ten sposób, iż podmiot udostępniający zasoby wykona usługi, w stosunku do których zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu, o których mowa w rozdziale III pkt 2.4. a) SWZ. W konsekwencji, zdaniem odwołującego 2, zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności, rozpoznając przedmiotowy zarzut, należy przywołać treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, sformułowany w pkt III 2.4 a) SWZ. Zgodnie z nim wykonawca ubiegając się
o udzielenie zamówienia winien wykazać, że wykonał co najmniej jedno zamówienie o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł brutto, polegające na wdrożeniu systemu informatycznego

dla minimum 8 podmiotów leczniczych w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z 15.04.2011 r. o działalności leczniczej (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 295 ze zm.), obejmujące wytworzenie oprogramowania według zdefiniowanych wymagań, analizę przedwdrożeniową, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania. System posadowiony w co najmniej 2 różnych geograficznie lokalizacjach serwerowych przetwarzających dane.

Gabos, składając ofertę, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego (DGT Sp. z o.o.) i przewidział, że zleci temu podmiotowi w ramach stosunku podwykonawstwa wykonanie tego zakresu prac, którego realizacja wymaga posiadania zdolności opisanych w cytowanym wyżej warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo złożył „Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia". Z treści tego dokumentu wynika zakres udostępnienia przez DGT Sp. z o. o. jego zasobów: „zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: prace analityczne, programistyczne i wdrożeniowe związane z systemem informatycznym. tj. prace, do realizacji których zdolności opisane w pkt a) powyżej są wymagane".

Ponadto, w formularzu ofertowym Gabos wskazał następujące podmioty, jako podwykonawców (pkt 14 formularza oferty oraz sekcja D: Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega formularza JEDZ Wykonawcy): (1) IT4KAN Sp. z o.o., aleja Rozdzieńskiego 188C, 40-203 Katowice – zakres prezentacja wyników obrazowych badań radiologicznych w zakresie realizacji wymaganych eUsług;
(2) Nazwa podwykonawcy na tym etapie nie jest znana - zakres: Dostarczenie licencji, prace analityczne, wdrożeniowe i serwisowo-gwarancyjne w zakresie modułu analitycznego;
(3) DGT Sp. z o.o., ul. Młyńska 7, 83-010 Straszyn - prace analityczne, programistyczne i wdrożeniowe związane z systemem informatycznym; (4) Nazwa podwykonawcy na tym etapie nie jest znana - zakres: analiza i przygotowanie dokumentacji w zakresie bezpieczeństwa platformy oraz przeprowadzenie testów wydajnościowych platformy.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego 2 w zakresie w jakim wywodził, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów DGT Sp. z o. o. nie spełnia wymagań określonych w ustawie Pzp, jest lakoniczne i w żaden sposób nie można z niego odczytać jakie konkretnie prace wykona podwykonawca DGT Sp. z o. o.

W tym miejscu należy przypomnieć treść przepisu art. 118 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: (1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; (2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; (3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zobowiązanie złożone przez Gabos wraz z ofertą, spełnia wszystkie określone wymogami prawa warunki. Zobowiązanie określa zakres zasobów, sposób i okres ich udostępnienia oraz odpowiada na pytanie czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zrealizuje usługi, których udostępniane zasoby dotyczą. Nieprawdziwe są twierdzenia odwołującego 2, że zakres prac w treści zobowiązania nie został w sposób wystarczająco opisany zwłaszcza, mając na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu. DGT Sp. z o.o. zadeklarował swój udział w realizacji zamówienia w następujący sposób: prace analityczne, programistyczne i wdrożeniowe. Nie stanowią one wprawdzie dosłownego powtórzenia określeń użytych w treści warunku udziału w postępowaniu (za wyjątkiem elementu wdrożenia oprogramowania), ale przecież takiego obowiązku ustawodawca nie ustanowił. Zgodzić się należy z zamawiającym, który oceniając treść oświadczenia, jak też realność udostępnienia zasobów uznał, że określenia użyte w treści oświadczenia odpowiadają tym, które zostały użyte przez zamawiającego w SWZ, który z kolei używa następujących zwrotów: wytworzenie oprogramowania, analiza przedwdrożeniowa, zaprojektowanie i wdrożenie oprogramowania.

Oceniając zakres prac podmiotu udostępniającego zasoby należy stwierdzić, że obejmuje on komponent prac analitycznych, prac programistycznych i wdrożeniowych. Porównując go zatem z zakresem opisanym w treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej należało dojść do wniosku, że wytworzenie oprogramowania według zdefiniowanych wymagań odpowiada wskazanemu komponentowi prac analitycznych i programistycznych, analiza przedwdrożeniowa odpowiada komponentowi prac analitycznych, zaś wdrożenie oprogramowania odpowiada komponentowi prac wdrożeniowych. Z kolei zaprojektowanie i wytworzenie oprogramowania stanowi synonim wytworzenia oprogramowania według zdefiniowanych wymagań. Opis prac wykonywanych przez podmiot trzeci odpowiada zatem zarówno pod względem stopnia szczegółowości, jak też co do merytorycznego ich zakresu, wymaganiom opisanym w treści warunku. Tym samym zarzut, iż zakres wykonywanych przez podmiot udostępniający zasoby usług został określony lakonicznie, czy też że nie odpowiada zakresowi opisanemu w treści warunku - jest nieuprawniony.

Mając na względzie powyższe Izba stwierdziła, że niezasadne są twierdzenia odwołującego 2, jakoby Gabos nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, że nie udowodnił zamawiającemu, iż realizując zamówienie, będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami DGT Sp. z o. o. w ten sposób, że podmiot udostępniający zasoby wykona usługi, w stosunku do których zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty Gabos, a w konsekwencji przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu.

Niezasadny był również zarzut podnoszony przez odwołującego 2 w zakresie, w jakim zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gabos, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonego w rozdziale III pkt 2.4. a) SWZ.

Izba ustaliła na wstępie, że w zakresie warunku, opisanego w rozdziale III pkt 2.4. a) SWZ, cytowanego powyżej,

Gabos zadeklarował, że polegał będzie na zasobach firmy DGT Sp. z o. o., która udostępniła mu swoje zasoby w postaci doświadczenia. Gabos przedłożył referencje dla firmy DGT Sp. z o. o. wystawione przez Krajowe Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego, dotyczące wykonania w projekcie:„Budowa Podsystemu Zintegrowanej Łączności Systemu Wspomagania Dowodzenia Państwowego Ratownictwa Medycznego Numer referencyjny: ZP/7/VI/2019" ogłoszenie w dzienniku TED z dnia 2019-0627 o numerze 2019/S 125-304799 w kategorii Systemy telekomunikacyjne: W ramach realizacji ww. umowy DGT Sp. z o. o. do dnia wystawienia referencji, zrealizowała prace polegające na: opracowaniu projektu technicznego i planu zarządzania projektem; opracowaniu scenariuszy migracji w poszczególnych dyspozytorniach medycznych; dostawie i montażu urządzeń oraz konfiguracji oprogramowania standardowego w 17 ośrodkach regionalnych; integracji z systemem teleinformatycznym Systemu Wspomagania Dowodzenia Państwowego Ratownictwa Medycznego; wdrożeniach produkcyjnych Podsystemu Zintegrowanej Łączności Systemu Wspomagania Dowodzenia Państwowego Ratownictwa Medycznego w zakresie telefonii we wszystkich województwach w kraju.

Odwołujący 2 wskazywał, że firma udostępniająca zasoby tj. DGT Sp. z o. o. nie posiada doświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Przy czym uzasadniając swój zarzut opierał go na interpretacji treści warunku, która nie wynikała
z literalnego brzmienia SWZ. Odwołujący 2 twierdził bowiem, że jako doświadczenie wymagane było: wytworzenie oprogramowania niezbędnego do wdrożenia OSK według zdefiniowanych wymagań, analiza przedwdrożeniowa, zaprojektowanie, wytworzenie
i wdrożenie oprogramowania, podczas gdy warunek dotyczył „wytworzenia oprogramowania według zdefiniowanych wymagań".

Owo błędne założenie prowadziło następnie do twierdzenia, że zakres realizowanego przez DGT Sp. z o. o. zamówienia nie odpowiada wymaganiom stawianym przez zamawiającego w SWZ. Dodatkowo, za całkowicie błędny i pozbawiony podstaw należy uznać sposób, w jaki odwołujący 2 dowodzi brak spełnienia warunku referencyjnego. W formie tabelarycznej dokonuje analizy zakresu zamówienia, którego dotyczy postępowanie
z zamówieniem referencyjnym. Takie działanie jest niezrozumiałe głównie z tego powodu,
że jest nieadekwatne w kontekście postawionego zarzutu. Oczywistym jest, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie jest zależne od tego, czy przedmiot zamówienia referencyjnego (wskazanego przez Gabos) pokrywa się z przedmiotem zamówienia, które ma być wykonane w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Zamówienie referencyjne ma bowiem odpowiadać wymogom określonym w warunkach udziału w postępowaniu, nie zaś swoim zakresem opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w SWZ.

Nietrafione jest też powoływanie się przez odwołującego 2 do głównego kodu CPV obowiązującego w zamówieniu realizowanym przez DGT Sp. z o. o. i formułowanie na tej podstawie wniosku, że przedmiotem zamówienia były usługi telekomunikacyjne. Jak trafnie dostrzegł zamawiający i Gabos główny kod CPV dla przedmiotowego zamówienia obejmował pakiety oprogramowania i systemy informatyczne. Poza tym kody CPV dla zamówienia realizowanego przez DGT Sp. z o. o. wskazywały, oprócz systemu telekomunikacyjnego, również różne pakiety programowania i systemy komputerowe, a także usługi informatyczne: konsultacyjne, opracowywania oprogramowania, internetowe i wsparcia (dowód złożony przez zamawiającego: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dla przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Podsystemu Zintegrowanej Łączności Systemu Wsparcia Dowodzenia Państwowego Ratownictwa Medycznego - §3 ust. 6). Przyjmując tok rozumowania odwołującego 2, który odnosił zakres zamówienia do opisów zawartych
w odpowiednich kodach CPV potwierdza to, że elementem zamówienia było oprogramowanie, systemy komputerowe oraz usługi opracowania oprogramowania (a więc jego tworzenia),
a także usługi wdrożeniowe.

Co jednak należy zaznaczyć wyłącznej ocenie Izby, w granicach zarzutu postawianego przez odwołującego 2, podlegało to czy zrealizowane zamówienie obejmowało wytworzenie oprogramowania według zdefiniowanych wymagań, analizę przedwdrożeniową, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania. Na tak postawione pytanie należało odpowiedzieć twierdząco. Opis przedmiotu zamówienia realizowanego przez DGT Sp. z o. o. wskazuje, że czynności wymagane w warunku udziału w postępowaniu były realizowane, przy czym nie było decydujące w tym przypadku czy sam opis realizowanego zamówienia zawierał tożsame sformułowania do tych, jakie zostały użyte w treści warunku udziału w postępowaniu. Wystarczającym dla porównania tych dwóch zakresów: wymagań sformułowanych w treści warunku i opisu realizowanego zamówienia było, aby z treści opisu wynikało jakie czynności w ramach tego zamówienia zostały zrealizowane. Z kolei to wynika
z opisu zawartego w treści wykazu zrealizowanych dostaw/ usług, a dodatkowo zostało potwierdzone w treści oświadczenia złożonego przez DGT Sp. z o.o. z 10 grudnia 2021 r., które Gabos złożył na rozprawie jako dowód. Izba uwzględniła ten wniosek dowodowy, złożony na okoliczność potwierdzenia, że przedmiot zamówienia zrealizowany przez DGT Sp. z o.o. odpowiada treści warunku sformułowanego w SWZ w zakresie, w jakim dokument ten stanowi dodatkowe potwierdzenie tego, co już zostało wcześniej w toku postępowania ustalone przez zamawiającego tj., że Gabos warunki udziału w postępowaniu spełnia.

Odnośnie zastrzeżeń odwołującego 2 w zakresie, w jakim podnosił, że skoro przedmiotem zamówienia zrealizowanego przez DGT była modyfikacja czy też rozbudowa oprogramowania, to nie świadczy to o tym, że podmiot udostępniający zasoby zdobył odpowiednie doświadczenie w zakresie wytworzenia i wdrożenia oprogramowania, Izba wzięła pod uwagę stanowisko zaprezentowane w treści złożonej przez Gabos ekspertyzy, sporządzonej przez prof. dr hab. inż. A. Cz. z Katedry Automatyki i Robotyki Politechniki Śląskiej z 21 grudnia 2021 r. Wprawdzie stanowisko to zostało sporządzone
na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, i jako takie może być potraktowane jako stanowisko własne strony, Izba w pełni podzieliła ocenę i wnioski, zaprezentowane
w treści ekspertyzy. W szczególności należy podzielić stanowisko, zgodnie z którym: „Modyfikacja oprogramowania również jest procesem wytwórczym oprogramowania, w którym dodatkowo należy wziąć pod uwagę oprogramowanie bazowe, które należy zmodyfikować
i/ lub rozbudować o nowe funkcjonalności i cechy. Powstały w tym procesie utwór jest także oprogramowaniem".

Mając na uwadze powyższe, nie można stwierdzić, że oferta Gabos została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i z tego powodu winna zostać przez zamawiającego odrzucona. Nie

było zatem również podstaw do wezwania Gabos do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami lub wykazania,
że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie
art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz §8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania
(Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……