

Sygn. akt KIO 2175/11

Sygn. akt KIO 2180/11

WYROK
z dnia 19 października 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadziś

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2011 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 7 października 2011 przez wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ulicy Do Dysa 9, 20-149 Lublin**

B. w dniu 7 października 2011 przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Zespół Lecznictwa Psychiatrycznego w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie przy Alei Wojska Polskiego 35, 10-228 Olsztyn**

przy udziale:

A. wykonawców tj.:

- **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów,**

1

-
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2175/11 po stronie Zamawiającego

B. wykonawców tj.:

- **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ulicy Do Dysa 9, 20-149 Lublin**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (80-252) przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2180/11 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. A) uwzględnić odwołanie (Sygn. akt KIO 2175/11) i nakazuje Zamawiającemu:

- powtórzyć czynność badania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest**, w zakresie której to czynności należy odtajnić dokument opinia biegłego rewidenta, na temat zgodności oferowanego oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29 września 1994 roku, odrzucić ofertę z postępowania z powodu uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego w sposób niezgodny z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz na podstawie ustawy,

- powtórzyć czynność badania oferty Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów, w zakresie której to czynności należy wezwać wykonawcę

2

do uzupełnienia dokumentów wymaganych przez Zamawiającego tj. wydruków testów wraz z tłumaczeniem na język polski.

B) uwzględnić odwołanie (Sygn. akt KIO 2180/11) i nakazuje Zamawiającemu

- powtórzyć czynność badania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest, w zakresie której to czynności należy odtajnić dokument opinia biegłego rewidenta, na temat zgodności oferowanego oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29 września 1994 roku, odrzucić ofertę z postępowania z powodu uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego w sposób niezgodny z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i ustawą,

- powtórzyć czynność badania oferty CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ulicy Do Dysa 9, 20-149 Lublin, w zakresie której to czynności należy wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów wymaganych przez Zamawiającego tj. - dokumentu opinia biegłego rewidenta, na temat zgodności oferowanego oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29 września 1994 roku która będzie w swej treści zawierać oświadczenie wymagane przez Zamawiającego potwierdzające, że oferowane oprogramowanie FK jest zgodne co do formy i treści z obowiązującymi przepisami prawa na dzień nie wcześniejszy niż 01.01.2010r; - certyfikatu ISO 9001:2000 lub równoważnego dotyczącego spełnienia przez producenta oprogramowania aplikacyjnego HIS określonych wymagań jakościowych w zakresie projektowania i wykonywania dotyczących systemu do apteki i laboratorium, złożenia wyjaśnień co do tego, który podmiot będzie wdrażał i serwisował system do apteki i laboratorium a także złożenia certyfikatu ISO 9001:2000 lub równoważnego dotyczącego spełnienia określonych wymagań jakościowych co najmniej w zakresie wdrażania oprogramowania oraz świadczenia do nich usług serwisowych w przypadku gdy wdrożenia i serwisowania w tym zakresie będzie dokonywał podmiot inny niż wykonawca.

2. Kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Zespół Lecznictwa Psychiatrycznego w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie przy Alei Wojska Polskiego 35, 10-228 Olsztyn** i:

3

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ulicy Do Dysa 9, 20-149 Lublin i Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od Wojewódzkiego Zespołu Lecznictwa Psychiatrycznego w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie przy Alei Wojska Polskiego 35, 10-228 Olsztyn kwotę **33 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych), w tym:
 - A) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) na rzecz wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ulicy Do Dysa 9, 20-149 Lublin** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) na rzecz wykonawcy **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem

wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2175/11

Sygn. akt KIO 2180/11

4

UZASADNIENIE

Zamawiający **Wojewódzki Zespół Lecznictwa Psychiatrycznego w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie przy Alei Wojska Polskiego 35, 10-228 Olsztyn** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Dostawa sprzętu informatycznego i oprogramowania związana z realizacją projektu: Rozbudowa infrastruktury informatycznej WZLP w Olsztynie w celu poprawy jakości i dostępności usług medycznych*, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 235766-2011.

28 września 2011 roku Zamawiający, na podstawie art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

A. Sygn. akt KIO 2175/11

7 października 2011 roku Odwołujący wykonawca CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ulicy Do Dysa 9, 20-149 Lublin złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na ocenie ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest (dalej „Konsorcjum ISH”) oraz przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów (dalej „ASSECO”); zaniechaniu udostępnienia pełnego protokołu postępowania w odniesieniu do dokumentu w postaci opinii biegłego rewidenta dotyczącej zgodności systemu oferowanego przez Konsorcjum ISH z ustawą o rachunkowości; zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum ISH oraz ASSECO; wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum ISH jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 4 pkt 2 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 9 ust. 2 ustawy oraz

5

- art. 8 ust. 3 ustawy, 93 ust. 3 ustawy w związku z §5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. *w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* (Dz.U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458) polegające na:

1. Przeprowadzeniu oceny, zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum ISH oraz odrzucenia oferty i wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum ISH jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy Konsorcjum ISH:

- 1) nie przedstawiło opłaconej polisy, tylko inny dokument mający potwierdzać ubezpieczenia spółki ISH Informatika, z którego to dokumentu nie wynika, iż:
 - spółka nie posiada dokumentu polisy ubezpieczeniowej, którą zobowiązana była przedstawić;
 - spółka ta została ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej w zakresie

prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
- spółka opłaciła należną składkę ubezpieczeniową, co oznacza, iż Konsorcjum ISH nie spełniło warunków udziału w postępowaniu i powinno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP lub co najmniej wezwane do uzupełnienia złożonych dokumentów;
2) nie uzupełniło braków w ofercie i nie złożyło wymaganych certyfikatów ISO 9001:2000 lub równoważnych potwierdzających wymogi jakościowe, co najmniej w zakresie projektowania, wykonywania i wdrażania oprogramowania oraz świadczenia usług serwisowych, albowiem z przedłożonego certyfikatu nie wynika m.in. zakres, w jakim firma ISH Informatika uzyskała ten certyfikat;
3) zaoferowało monitory (86 sztuk) firmy ASUS model VB175D, które nie spełniają wymagań Zamawiającego odnośnie kątów widzenia (160° w pionie i 170° w poziomie) albowiem dysponuje kątami (160° w pionie i 160° w poziomie);
4) zaoferowało stacje robocze (21 sztuk) firmy HP model Cq (Compaq) 6200 PRO SFF, które to stacje dysponują zasilaczami o mocy 240W podczas, gdy Zamawiający wymagał dostarczenia stacji o mocy minimum 320W;
5) uzupełniło brakujące dokumenty tj. wydruki ze strony www.spec.org w zakresie wymagań dotyczących sprzętu komputerowego bez wymaganych tłumaczeń na język polski;

2. Zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu pełnego protokołu postępowania, które wyrażało się w odmowie udostępnienia dokumentu w postaci opinii biegłego rewidenta złożonego przez Konsorcjum ISH, który to dokument został objęty zastrzeżeniem poufności,

6

które było bezskuteczne z uwagi na fakt, iż dokument ten nie zawierał informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum ISH.

3. Przeprowadzeniu oceny, zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez ASSECO jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy:

- 1) ASSECO zaoferowało monitory (86 sztuk) firmy HP model s2031a, które nie spełniają wymagań Zamawiającego odnośnie certyfikatów z uwagi na brak certyfikatu TCO oraz CUL,
- 2) ASSECO złożyła część dokumentów tj. wydruki ze strony www.spec.or bez wymaganego tłumaczenia na język polski.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert złożonych przez Konsorcjum ISH oraz przez ASSECO,
- udostępnienia Odwołującemu opinii biegłego rewidenta złożonej przez Konsorcjum ISH,
- powtórzenie czynności ocen ofert złożonych przez Konsorcjum ISH oraz przez ASSECO,
- odrzucenie ofert złożonych przez Konsorcjum ISH oraz przez ASSECO,
- powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podniósł, że jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Oferta złożona przez Odwołującego w postępowaniu nie podlegała odrzuceniu. Zamawiający nie odrzucił jednak ofert złożonych przez Konsorcjum ISH oraz przez ASSECO pomimo tego, iż oferty te nie były zgodne z warunkami SIWZ. Dodatkowo Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu pełnego protokołu postępowania wraz z załącznikami, co w sposób nieuprawniony ograniczyło jawność postępowania i uniemożliwiało Odwołującemu pełną weryfikację oferty złożonej przez Konsorcjum ISH. Tymczasem odrzucenie ofert Konsorcjum ISH oraz ASSECO powodowałoby, iż oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą ofertą złożoną w prowadzonym postępowaniu. Tym samym na skutek niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego Odwołujący pozbawiony zostaje możliwości uzyskania zamówienia i związanego z nim zarobku. Powyższe prowadzi do szkody po stronie Odwołującego, co przesądza o istnieniu po jego stronie interesu we wniesieniu odwołania.

Odwołujący uzasadnił następująco swoje stanowisko:

W ocenie Odwołującego analiza dokumentacji przetargowej wskazuje, że oferta Konsorcjum ISH, jak i oferta ASSECO nie spełniały wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), wobec czego na podstawie kategoriycznej normy zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy powinny one zostać odrzucone przez Zamawiającego. Dodatkowo Konsorcjum ISH nie wykazało, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomiczno-finansowej, co nakazywało wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Zarzuły do oferty Konsorcjum ISH:

Ad1) Zamawiający w treści SIWZ wskazał, iż w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunki w zakresie własnej sytuacji ekonomicznej i finansowej tj. wykonawcy, którzy wykażą, że są ubezpieczeni na kwotę nie niższą niż 500.000 zł (pkt V.1.4 SIWZ). Zgodnie z postanowieniami pkt V.4 SIWZ *Oceny spełniania warunków oraz potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania Zamawiający dokona w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach dołączonych do oferty, których wykaz zamieszczono w pkt VI, na zasadzie spełnia lub nie spełnia wymaganego warunku.*

Z treści pkt VI.2 lit. c SIWZ na potwierdzenie opisanego wyżej warunku wykonawca zobowiązany był złożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Powyższe regulacje są zbieżne z treścią unormowania zawartego w §1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz.U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817).

Odwołujący wskazał, iż z treści cytowanych wyżej postanowień pkt VI.2 lit. c SIWZ oraz §1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. wynika, iż wykonawcy dla wykazania spełnienia warunku finansowo-ekonomicznego zobowiązani są w pierwszym rzędzie przedłożyć opłaconą polisę potwierdzającą, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dopiero w przypadku braku takiej polisy wykonawca może przedstawić inny dokument potwierdzający zawarcie wymaganego ubezpieczenia. Konsorcjum ISH na potwierdzenie spełnienia warunku finansowo-ekonomicznego przedstawiła dokument zatytułowany jako *Świadectwo Ubezpieczenia*, wystawiony w dniu 15 lutego 2011 r. przez Marsh Kft w Budapeszcie (broker ubezpieczeniowy). Z treści tego dokumentu wynika,

iż ISH Informatika jako spółka zależna Magyar Telekom *jest objęta ubezpieczeniem od odpowiedzialności*. Ubezpieczycielem ma być ALLIANZ Hungaria, a suma ubezpieczenia ma wynosić 707.020.000 forintów. Pozostałe warunki ubezpieczenia ma określać oryginalna polisa. Przedstawiony dokument z całą pewnością nie może być traktowany jako polisa ubezpieczeniowa. Polisa jest bowiem dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczeniowej, który jest wystawionym przez zakład ubezpieczeń W przedmiotowej sprawie „Świadectwo Ubezpieczenia” nie pochodzi od ubezpieczyciela, ale od podmiotu trzeciego, co wyłącza potraktowanie go jako polisy. Dodatkowo sam dokument zawiera w swojej treści odesłanie do *oryginalnej polisy*. W tym stanie rzeczy *Świadectwo Ubezpieczenia* należy traktować jako „inny dokument” w rozumieniu przepisów §1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia o dokumentach. Jak już jednak wskazywano wykonawca jest uprawniony do złożenia takiego dokumentu jedynie w przypadku braku polisy. Wiedząc, iż oryginalna polisa istnieje nie można było więc uznać, iż dokument przedstawiony przez Konsorcjum ISH może potwierdzać zawarcie umowy ubezpieczenia.

Odwołujący wskazał, iż z treści *Świadectwa Ubezpieczenia* nie wynika jakiego rodzaju ubezpieczeniem objęta została spółka ISH Informatika. Świadectwo wskazuje bowiem, iż chodzi o *ubezpieczenie od odpowiedzialności*. Nie można na tej podstawie stwierdzić czy zawarta umowa dotyczy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, jak również nie wiadomo czy ubezpieczenie dotyczy działalności prowadzonej przez ISH Informatika

związanej z przedmiotem zamówienia (nie wiadomo w ogóle jakiego rodzaju zdarzenia ubezpieczeniowe objęte są ubezpieczeniem). Brak jest również informacji, czy wskazana wyżej spółka opłaciła posiadaną polisę. Tym samym nie można było uznać, że przedstawiony dokument potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał również, iż w treści *Świadectwa Ubezpieczeniowego* wskazano, iż oświadczenie składa broker firmy Magyar Telekom, a spółka ISH Informatika jest spółką zależną tej firmy. ISH Informatika ma być zaś ubezpieczona jako „spółka zależna”. W tej sytuacji należy wnioskować, iż umowę ubezpieczenia zawarła spółka Magyar Telekom ubezpieczając swoją spółkę zależną. Nie można więc w tej sytuacji przesądzić, czy podana suma ubezpieczenia dotyczy w całości spółki ISH Informatika i czy ewentualnie umowa ubezpieczenia nie przewiduje podlimitów ograniczających odpowiedzialność ubezpieczyciela w stosunku do spółki ISH Informatika. Mając na względzie powyższe Odwołujący wskazuje, iż Konsorcjum ISH powinno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu, a jego oferta uznana za odrzuconą.

9

Ad2) Zamawiający w Załączniku nr A3 do SIWZ określił ogólne wymagania dla dostarczanych systemów informatycznych. W treści załącznika wskazano, iż wykonawca musi potwierdzić spełnianie każdego parametru funkcjonalnego określonego w tabeli zawartej w załączniku. Zamawiający kategorycznie stwierdził: *Brak odpowiedzi uznaje się za niespełnienie danego wymagania. Wszystkie wymagania zamieszczone poniżej są obligatoryjne. Niespełnienie któregośkolwiek wymagania (...) jest jednoznaczne z niespełnieniem wymagań SIWZ i skutkuje odrzuceniem oferty (...). Ewentualne stwierdzenie przez komisję przetargową w trakcie weryfikacji oprogramowania aplikacyjnego braku choćby jednej funkcjonalności lub parametru technicznego, mimo wykazania go przez Oferenta skutkować będzie odrzuceniem oferty danego Oferenta.*

Zamawiający w tabeli zawartej w załączniku nr A3 zawarł następujące wymaganie: *Producent oprogramowania aplikacyjnego HIS musi spełniać określone wymogi jakościowe co najmniej w zakresie projektowania i wykonywania oprogramowania, np.: certyfikat ISO 9001:2000 lub równoważny. Należy załączyć odpowiednie zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzające powyższe wymaganie.*

Podmiot świadczący usługi wdrożenia i serwisu oprogramowania aplikacyjnego HIS musi spełniać określone wymogi jakościowe co najmniej w zakresie wdrażania oprogramowania oraz świadczenia do nich usług serwisowych np.: certyfikat ISO 9001:2000 lub równoważny. Należy załączyć odpowiednie zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzające powyższe wymaganie.

Konsorcjum ISH na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 września 2011 r. złożyło kopię certyfikatu wystawionego przez Quality Austria Training na rzecz ISH Informatika LCC, z którego potwierdza stosowanie skutecznego i stale rozwijanego systemu zarządzania jakością spełniającego wymogi normy ISO 9001:2008. Z przedstawionego certyfikatu nie wynika jednak zakres stosowania tego systemu tj. czy obejmuje on projektowanie, wykonywanie i wdrażanie oprogramowania oraz świadczenie usług serwisowych. Tym samym certyfikat nie potwierdza wymagania stawianego przez Zamawiającego, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty ze względu na jej niezgodność z SIWZ.

Ad3) Zamawiający w załączniku nr A4 do SIWZ, w części 13 „Monitory LCD - 86 sztuk” wymagał dostarczenia monitorów spełniających m.in. następujące parametry: *Kąty widzenia monitora - 160° w pionie i 170° w poziomie*

Zgodnie z treścią złożonej oferty Konsorcjum ISH zaoferowało monitory firmy ASUSTEK model VB175D, które wedle oświadczenia Konsorcjum ISH spełniały powyższy parametr załącznika do SIWZ.

10

Specyfikacja techniczna zaoferowanego monitora wskazuje, iż monitor dysponuje kątami widzenia o wartościach 160° w pionie i 160° w poziomie. Powyższe oznacza zaś, iż monitor ten nie spełnia warunków SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Ad4) Zamawiający w załączniku nr A4 do SIWZ, w części 11 wymagał dostarczenia stacji

roboczych (21 sztuk) spełniających m.in. następujący parametr: *zasilacz - Zasilacz min. 320W Active PFC umożliwiający bezproblemową pracę komputera przy pełnym wyposażeniu w dodatkowe urządzenia podpięte poprzez porty i sloty rozszerzeń, przy pełnym obciążeniu, o sprawności 89%.*

Udzielając wyjaśnień do treści SIWZ Zamawiający w dniu 19 sierpnia 2011 r. dopuścił zaferowania zasilacza o mocy 280W, o ile zachowa on sprawność w 100% przy obciążeniu 91%.

Konsorcjum ISH zaferowało stacje robocze firmy HP model Compaq (skrót Cq) 6200 Pro w wersji SFF (Small Form Factor) deklarując, iż komputer ten dysponuje zasilaczem o mocy wymaganej przez Zamawiającego. Analiza specyfikacji technicznej komputera wskazuje jednak, iż komputer w zaferowanej wersji dysponuje zasilaczem o mocy 240W. Tym samym zaferowany sprzęt nie spełnia wymogów SIWZ, wobec czego oferta powinna ulec odrzuceniu.

Ad 5) Zamawiający w dniu 16 września 2011 r. wezwał Konsorcjum ISH do uzupełnienia dokumentów o wydruki ze strony www.spec.orR dotyczące zaferowanego sprzętu komputerowego. W odpowiedzi Konsorcjum ISH przedstawiła szereg wydruków w języku angielskim.

Zgodnie z treścią art. 9 ust. 2 PZP postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Analogiczne postanowienia zawiera SIWZ, w którym Zamawiający stwierdził, iż *dokumenty sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski* (pkt VI.4 SIWZ), a postępowanie prowadzi się w języku polskim (pkt VII.2 SIWZ). Biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, iż Konsorcjum ISH nie uzupełniło brakujących dokumentów w sposób prawidłowy. Podkreślić bowiem trzeba, iż dołączenie wydruków ze strony www.spec.orR było wymogiem określonym w załączniku nr A4 do SIWZ. Do dokumentów tych stosuje się ogólne zasady określone w SIWZ, co nakazywało dokonać tłumaczenia przedkładanych wydruków. Wobec powyższego uznać należy, iż oferta Konsorcjum ISH nie spełniała warunków SIWZ i powinna ulec odrzuceniu.

Ad. 2 Zamawiający w tabeli zawartej w załączniku nr A3 zawarł następujące wymaganie:

11

Pozytywna opinia biegłego rewidenta na temat zgodności oferowanego oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29.09.1994r., tj. Dz. U. 121 poz. 591 z 19.11.1994r. z późniejszymi zmianami (Wymagane jest załączenie dokumentu wystawionego przez biegłego rewidenta potwierdzającego iż oferowane oprogramowanie FK jest zgodne co do formy i treści z obowiązującymi przepisami prawa na dzień nie wcześniejszy niż 01.01.2010r.).

Konsorcjum ISH w dniu 16 września 2011 r. zostało wezwane do złożenia wymaganej opinii rewidenta. Odwołujący już po otrzymaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Odwołującemu nie udostępniono dokumentu w postaci wymaganej opinii biegłego rewidenta złożonej przez Konsorcjum ISH, co Zamawiający tłumaczył zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie tego dokumentu.

Zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 i 3 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Na zasadzie unormowania zawartego w art. 96 ust. 3 ustawy protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Przepis §5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458), zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po złożeniu wniosku.

Zamawiający odmawiając udostępnienia opinii biegłego rewidenta naruszył powyższe przepisy i uchybił zasadzie jawności postępowania.

W pierwszym rzędzie Odwołujący wskazuje, iż przepis art. 8 ust. 3 ustawy przewiduje, iż zastrzeżenie poufności może nastąpić najpóźniej w dacie składania ofert. Z treści SIWZ jednoznacznie wynika, iż Zamawiający wymagał przedstawienia opinii biegłego rewidenta.

Konsorcjum ISH musiało mieć więc świadomość konieczności złożenia tego dokumentu. Pomimo tego Konsorcjum ISH w dacie składania ofert nie zastrzegło poufności żadnego fragmentu własnej oferty. Wobec powyższego zdaniem Odwołującego zastrzeżenie dokonane po dacie składania ofert należy uznać za zmianę pierwotnego stanowiska Konsorcjum ISH, które całą swoją ofertę uznało za jawną. Dlatego też pamiętając o treści art. 8 ust. 3 ustawy tego rodzaju zastrzeżenie należy uznać za bezskuteczne. Niezależnie od powyższego bezspornym jest, iż Zamawiający zobligowany był zweryfikować skuteczność dokonanego zastrzeżenia (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21

12

października 2005 r., III CZP 74/05, opubl. OSNC z 2006 r., nr 7-8, poz. 122; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2010 r., KIO 2308/10). Zamawiający zwracając się do Konsorcjum ISH w sprawie zastrzeżenia poufności opinii biegłego rewidenta uzyskał tylko potwierdzenie, iż dokument ten zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, niemniej Konsorcjum ISH nie przedstawiło żadnej argumentacji na poparcie swojego stanowiska. W szczególności zaś nie wyjaśniło jakie rodzaje okoliczności mogłyby uzasadniać traktowanie takiej opinii jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Odwołującego opinia biegłego rewidenta nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Opinia ma bowiem jedynie udzielić odpowiedzi na pytanie, czy system poddawany ocenie jest zgodny z polską ustawą o rachunkowości. Tak więc nazwa systemu jak i fakt jego zgodności z ustawą nie może być traktowany jako poufny. Jeżeli bowiem Zamawiający uznaje, iż oferta spełnia wymogi SIWZ należy przyjąć, iż opinia zawiera stwierdzenie o zgodności systemu z ustawą. Tym samym Zamawiający nie może uznać, iż informacja tego rodzaju jest poufna i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Działanie polegające na odmowie udostępnienia opinii nie pozwala jednak pozostałym wykonawcom zweryfikować prawidłowości złożonego dokumentu. Zamawiający w braku jakiegokolwiek argumentacji ze strony Konsorcjum ISH nie mógł zaś bezkrytycznie zakładać, iż opinia zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tym bardziej, że np. w ofercie ASSECO taka sama opinia jest jawna. Nie można więc z góry zakładać, iż tego rodzaju dokument zawierał informacje chronione. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu opinii biegłego rewidenta. Odwołujący musi mieć bowiem prawo weryfikacji takiej opinii.

Odwołujący podsumowując wskazał: Konsorcjum ISH nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomiczno-finansowej, albowiem nie przedstawiło opłaconej polisy potwierdzającej zawarcie umowy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Konsorcjum ISH nie złożyło też wymaganej przez Zamawiającego opinii biegłego rewidenta oraz prawidłowego certyfikatu ISO, a nadto uzupełniło brakujące dokumenty bez wymaganych tłumaczeń. Dodatkowo sprzęt zaoferowany przez Konsorcjum ISH tj. monitory i stacje

13

robocze, nie spełniają wymagań SIWZ, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum ISH.

Zarzuty do oferty ASSECO:

Ad.1) Zamawiający w załączniku nr A4 do SIWZ, w części 13 „Monitory LCD - 86 sztuk” wymagał dostarczenia monitorów spełniających m.in. następujące parametry: *Certyfikaty - CUL GOST SASO ENERGY STAR 5.0 ISO 9241-3,7,8 ROHS WEEE CE FCC-B*. Udzielając wyjaśnień do treści SIWZ w dniu 18 sierpnia 2011 r. Zamawiający dopuścił zaoferowanie monitora równoważnego, za który uznał monitor posiadający zamiast certyfikatów CUL, GOST, SASO, ISO 9241-3,7,8, ROHS, WEEE CEE, FCC-B, certyfikat TCO.

Zgodnie z treścią złożonej oferty ASSECO zaoferowało monitory firmy HP model s2031a, które wedle oświadczenia ASSECO miały wymagane certyfikaty Energy Star 5.0 oraz TCO. Specyfikacja techniczna zaoferowanego monitora wskazuje, iż monitor ten nie posiada jednak certyfikatu TCO wobec czego nie spełnia on wymogów SIWZ. Dodatkowo monitory te nie dysponują certyfikatem CUL, co oznacza, że nie spełnia on także warunków monitora podstawowego. Powyższe oznacza zaś, iż monitor ten nie spełnia warunków SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty ASSECO.

Ad 2) Zgodnie z wymaganiami załącznika A4 do SIWZ wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty wydruki ze strony www.spec.org dotyczące sprzętu komputerowego. ASSECO dołączyła do oferty szereg wydruków z tej strony w języku angielskim (str. 150-154 oferty). Zgodnie z treścią art. 9 ust. 2 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Analogiczne postanowienia zawiera SIWZ, w którym Zamawiający stwierdził, iż *dokumenty sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski* (pkt VI.4 SIWZ), a postępowanie prowadzi się w języku polskim (pkt VII.2 SIWZ). Biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, iż ASSECO złożyła ofertę w sposób nieprawidłowy - niezgodny z SIWZ, co powinno skutkować co najmniej wezwaniem tej spółki do uzupełnienia brakujących dokumentów. Z uwagi na fakt, iż ASSECO zaoferowała sprzęt niezgodny z wymaganiami SIWZ oferta spółki powinna ulec odrzuceniu.

Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania w dniu 7 października 2011 roku.

14

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2175/11 po stronie Zamawiającego:

- 10 października 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że posiada interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego gdyż uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu mogłoby uniemożliwić zgłaszającemu przystąpienie uzyskanie zamówienia publicznego, natomiast zarzuty zawarte w odwołaniu, jako bezpodstawne, winny być oddalone.
- 10 października 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (80-252) przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapeszt. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego co leży w interesie zgłaszającego przystąpienie ze względu, na to że jego oferta w dniu 28 września 2011 roku została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu. Zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, że zarzuty zawarte w odwołaniu są bezpodstawne, a żądania nieuprawnione i stąd odwołanie winno być oddalone.

Odpowiedź na odwołanie

17 października 2011 roku wpłynęła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie złożona przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wniesionego przez wykonawcę CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. w Lublinie z uwagi na brak naruszeń przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy polegające na wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum ISH jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy:

1. Konsorcjum ISH nie przedstawiło opłaconej polisy ubezpieczeniowej, tylko inny dokument z którego nie wynika by spółka była ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia

oraz by opłaciła składkę a wreszcie nie wynika by spółka faktycznie nie posiadała polisy ubezpieczenia.

Zarzut powyższy jest nieuzasadniony z następujących względów. Konsorcjum ISH złożyło *świadcstwo ubezpieczenia*, które jest dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane*. Nietrafne jest stanowisko Odwołującego, iż skoro z treści świadectwa wynika, iż polisa istnieje, to Wykonawca powinien ją przedstawić. Jak wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza brak polisy w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 10 nie może być utożsamiany z faktycznym fizycznym nie istnieniem takiego dokumentu, lecz jedynie z jego niedostępnością dla wykonawcy. Jest tak w szczególności gdy umowa ubezpieczenia została zawarta przez inny podmiot- w tym wypadku Magyar Telekom Nyrt. a Wykonawca-ISH Informatika Kft. jest objęty ubezpieczeniem od odpowiedzialności. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z brakiem tożsamości podmiotowej ubezpieczonego i ubezpieczającego, gdzie polisą dysponuje Ubezpieczający- Magyar Telekom Nyrt. a spółka od niego zależna ISH Informatika Kft. posiada inny dokument potwierdzający objęcie ochroną ubezpieczeniową. Dodatkowo wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie ma podstaw do przyjęcia, iż z treści *świadcstwo ubezpieczenia* załączonego do wniosku nie wynika, iż zakres ubezpieczenia jest wystarczający dla pozytywnego zweryfikowania spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający poza określeniem wymaganej sumy ubezpieczenia, nie sprecyzował innych szczegółowych wymagań poza ubezpieczeniem od OC w zakresie prowadzonej działalności. Z treści świadectwa wynika wprost wymagana suma ubezpieczenia oraz zakres ubezpieczenia - „Ogólne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, ubezpieczenie od odpowiedzialności z tytułu wad produktu, ubezpieczenie od odpowiedzialności z tytułu świadczonych usług”. Przedmiot prowadzonej przez ISH Informatika Kft. działalności wynika z rejestru handlowego załączonego przez spółkę i obejmuje on zakres przedmiotu zamówienia. Zatem nie było podstaw do wezwania Konsorcjum ISH do uzupełnienia przedłożonych dokumentów w tym zakresie ani tym bardziej do wykluczenia z udziału w postępowaniu.

2. Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum ISH nie złożyło wymaganych certyfikatów ISO 9001:2000 lub równoważnych potwierdzających wymogi jakościowe. Zamawiający również z tym zarzutem się nie zgadza. Zamawiający postawił warunek: *Producent oprogramowania aplikacyjnego HIS musi spełniać określone wymogi jakościowe co najmniej w zakresie projektowania i wykonywania oprogramowania, np.: certyfikat ISO 9001:2000 lub równoważny. Należy załączyć odpowiednie zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzające powyższe wymaganie*. Konsorcjum ISH spełniło ten warunek zaznaczając TAK w odpowiednim polu a następnie załączając certyfikat Quality Austria- potwierdzający stosowanie skutecznego i stale rozwijającego się systemu sterowania jakością spełniającego wymogi ISO 9001:2008. System ISO 9001 jest to międzynarodowa norma określająca wymagania, które powinien spełniać system zarządzania jakością w organizacji. Zamawiający nie miał żadnych podstaw do podważania złożonego certyfikatu, gdyż spełnia on warunki wskazane w załączniku A3.
3. Odwołujący zarzucił, iż Konsorcjum ISH zaofiarowało monitory firmy ASUSTEK model VB175D, które nie spełniają wymagań Zamawiającego odnośnie kątów widzenia (160 w pionie i 170 w poziomie) albowiem dysponuje kątami (160 w pionie i 160 w poziomie). Zgodnie z oświadczeniem Konsorcjum ISH zawartym w formularzu ofertowym wymienione monitory spełniają wymagania odnośnie kątów widzenia 160 w pionie i 170 w poziomie. Zatem wymagania Zamawiającego co do monitorów

zostały przez Konsorcjum ISH spełnione.

4. Odwołujący zarzucił, iż zaofertowane przez Konsorcjum stacje robocze dysponują zasilaczami o mocy 240W podczas gdy Zamawiający wymagał dostarczenia stacji o mocy minimum 320W. Argumentacja Odwołującego jest błędna. Zgodnie z zadaniem pytaniem 17. z dnia 19.08.2011 dot. zał. A4- Sprzęt, pkt. 11. Stacje robocze-21 sztuk: *Czy zamawiający dopuści zasilacz o mocy maksymalnej 280 W i sprawności przy 100% obciążeniu 91%? Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż dopuszcza zasilacze o maksymalnej mocy do 280W.* Wynikało to z wyjaśnienia, iż taki zasilacz jest w stanie zapewnić odpowiednie zasilanie wszystkich komponentów komputera, a jego wyższa sprawność zapewni niższe zużycie energii elektrycznej. Zatem zaofertowane stacje robocze spełniają wymogi Zamawiającego.
5. Odwołujący wskazał, iż wydruki ze strony www.spec.org zostały załączone przez Konsorcjum ISH oraz przez Wykonawcę ASSECO w języku angielskim. Zamawiający wymagał przedłożenia wydruków ze strony internetowej i takie wydruki zostały złożone. Wydruki ze strony internetowej nie są wymienione w rozporządzeniu

17

Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane* - jako „dokumenty”. Zatem wydruki te nie wymagały tłumaczenia i zawierają jedynie wyniki sprzętu przeprowadzone online.

Dodatkowo Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający błędnie odmówił udostępnienia dokumentu w postaci opinii biegłego rewidenta złożonego przez Konsorcjum ISH pomimo, iż dokument ten nie zawierał informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum ISH. Zdaniem Zamawiającego zarzut ten jest bezzasadny. W związku z oznaczeniem przedłożonego przez Konsorcjum ISH certyfikatu zgodności systemu z ustawą o rachunkowości jako dokumentu poufnego, Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 5 października 2011 do Konsorcjum o wyjaśnienie swojego stanowiska. W odpowiedzi Konsorcjum ISH wskazało, iż dokument ten stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art.11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie podlega ujawnieniu jako wyjątek od zasady jawności postępowania. Konsorcjum zastrzegło poufność dokumentu w momencie jego przedłożenia na skutek wezwania go przez Zamawiającego do uzupełnienia braków oferty, zatem termin zastrzeżenia poufności do momentu złożenia oferty został zachowany. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej dane o charakterze handlowym tj. informacje o kontrahentach, źródłach zaopatrzenia, oraz o specyficznych rozwiązaniach technicznych opracowanych w odniesieniu do konkretnego zamówienia to dane, które spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie w ofercie poufności wskazanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi także wyraz działań podjętych w celu zachowania ich poufności.

Wynikiem oceny czy zastrzeżona przez wykonawcę informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może być stwierdzenie braku skuteczności takiego zastrzeżenia i w konsekwencji ocena może prowadzić do ujawnienia tej informacji innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o zamówienie publiczne, a nie przesądzać o kwalifikacji takiej oferty jako niezgodnej z ustawą i stanowić automatyczną podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy.

B. Sygn. akt KIO 2180/11

18

7 października 2011 roku Odwołujący **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów** złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od decyzji Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty tj. Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH Informatyka Kft Budapest a tym samym powierzenie wykonania przedmiotu zamówienia podmiotowi, który nie złożył oferty. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez

Zamawiającego przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Czynności i zaniechania Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiły wybrania oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, tym bardziej, że znajduje się na II miejscu w rankingu Wykonawców w tym przetargu. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu, Odwołujący wygrałby niniejszy przetarg. Naruszenie przepisów Ustawy przez Zamawiającego uniemożliwiło Odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest, pomimo iż Wykonawca i nie przedłożył pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH Informatica LLC (która to niniejszą ofertę złożyła) co tym samym wykluczyło tożsamość podmiotową Wykonawcy składającego ofertę,
- art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia dokumentów złożonych przez Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest, którzy złożyli wnioski w postępowaniu zastrzeżonych jako „informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 26 ust 2b ustawy przez uznanie, iż Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest i CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. spełnili wszelkie wymagania zarówno ustawy jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec czego udowodnili Zamawiającemu, iż będą dysponowali zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w sytuacji, gdy obaj Wykonawcy nie przedstawili wymaganych referencji, które o powyższym by świadczyły,
- art. 89 ust.1 pkt. 2 i 6 ustawy przez brak odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegający na niespełnieniu przez Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest oraz CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o.

19

ustalonych przez Zamawiającego wymogów dotyczących weryfikacji kompetencji ww. Wykonawcy określonych w pkt.2.1 w załączniku nr A3 do SIWZ,

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez brak zachowania przez Zamawiającego uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z badaniem skuteczności dokonanego przez Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tj. utajnienie treści opinii biegłego rewidenta na temat zgodności oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29.09.1994r. ze zm. i tym samym uniemożliwienie pozostałym wykonawcom weryfikacji oferty Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest,
- naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie Zamawiającego wezwania Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest i CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. do dalszego uzupełnienia wniosków o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy w związku z art. 8 ust 3 ustawy przez zaniechanie wystąpienia do Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest o udzielenie wyjaśnień w zakresie podstaw zastrzeżenia części wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest z niniejszego postępowania na zasadzie przepisu art. 24 ust.2 pkt. 4 ustawy,
- nakazanie Zamawiającemu wystąpienia do Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest o udzielenie wyjaśnień w zakresie podstaw zastrzeżenia części wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp:

- ujawnienie informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest w przypadku przesądzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
- na wypadek konieczności dokonania ponownych czynności przez Zamawiającego, wobec braku wystarczającej ilości dokumentów i oświadczeń, dokonania czynności badania skuteczności zastrzeżenia i w konsekwencji ujawnienie informacji zastrzeżonych w ofercie

20

Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest zgodnie z przepisami ustawy,

- w razie przesądzenia, że wykonawca Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest oraz CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. nie spełnili wymagań określonych w istotnych warunkach specyfikacji – odrzucenia ofert Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest oraz CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o..

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Ofertę, która została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza złożyło Konsorcjum ISH Polska sp. z o.o. oraz ISH INFORMATIKA LLC. Odwołujący wskazuje jednak, że Wykonawca składający w imieniu Konsorcjum przedmiotową ofertę, wbrew obowiązującym przepisom, nie wykazał się pełnomocnictwem ISH INFORMATIKA LLC. Zgodnie z art. 23 ustawy, jeśli wykonawcy ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia, to mają obowiązek ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Chodzi o to, aby Zamawiający nie musiał kontaktować się z każdym z nich z osobna. W praktyce pełnomocnikiem najczęściej zostaje jedna z firm wchodząca w skład Konsorcjum, zwana liderem konsorcjum. Natomiast w przedmiotowej sytuacji, pełnomocnictwo dołączone do oferty Konsorcjum ISH Polska sp. z o.o. oraz ISH INFORMATIKA LLC zostało udzielone ISH Polska sp. z o.o. przez podmiot w ogóle nie ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, tj. ISH INFORMATIKA Kft z siedzibą w Budapeszcie. W tym zakresie dokument ten jest bezprzedmiotowy, a oferta złożona przez ISH Polska sp. z o.o. w imieniu Konsorcjum posiada błędy formalne. Nie ma podstaw do przyjęcia, iż jest to jedynie omyłka pisarska, albowiem ISH INFORMATIKA LLC i ISH INFORMATIKA Kft to dwa różne podmioty gospodarcze, niezależnie ubiegające się na rynku polskim o udzielenie zamówień publicznych. Nadto wymaga podkreślenia fakt, iż dokumenty i referencje, dołączone do niniejszej oferty dotyczą ISH INFORMATIKA Kft, a więc podmiotu nie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż ISH Polska sp. z o.o. nie była umocowana do złożenia oferty w imieniu Konsorcjum ISH Polska sp. z o.o. oraz ISH INFORMATIKA LLC, zatem nie można mówić o skutecznym złożeniu tej oferty.

Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. poprzez utajnienie części treści biegłego rewidenta na temat zgodności oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29.09.1994r. ze zm.

21

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający był zobowiązany przeprowadzić w odpowiednie postępowanie wyjaśniające, a następnie odtajnić te części wniosków, w zakresie których Wykonawca ten nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z przepisem art. 8 ust 3 ustawy wykonawca może zastrzec, iż część oferty nie może być udostępniona, wyłącznie w przypadku, gdy zawiera ona informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności*. Bez przeprowadzenia odpowiedniego postępowania wyjaśniającego nie sposób uznać, aby

informacje niezbędne do wykazania doświadczenia wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i zakresie wykazywanych dostaw i usług - mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum ISH, utajniło część treści dokumentu wystawionego przez biegłego rewidenta potwierdzającego, iż oferowane oprogramowanie FK jest zgodne co do formy i treści z obowiązującymi przepisami prawa na dzień nie wcześniejszy niż 1 stycznia 20110 roku. Z uwagi na fakt, iż Wykonawca ten utajnił istotną część dokumentu wymaganego przez Zamawiającego a dotyczącego weryfikacji posiadanych przez niego kompetencji, w tym kontekście wymaga zweryfikowania, czy zastrzeżone wdrożenia spełniają przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego charakter wymaganych w ogłoszeniu dokumentów, jakie należało podać w wykazie i dokumentach potwierdzających kompetencje poszczególnych Wykonawców ma walor jawny, wobec tego rodzaju postępowanie stanowi nadużycie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy gdyż takie informacje w ogóle nie mogą ze swej istoty spełniać przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa a to z tego względu, iż są one jawne. Odwołujący uważa, że takie dokumenty formalne zostały w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których podmioty przedstawiały swoje referencje, kompetencje i kwalifikacje, umieszczone w częściach jawnych ofert czy wniosków tym samym same te podmioty nie nadały im przymiotu tajemnicy przedsiębiorstw i nie podjęły żadnych kroków zmierzających do zapewnienia im braku dostępu osób trzecich. Tym samym odmowa przez Zamawiającego udostępnienia tych dokumentów jest sprzeczna z ustawą.

Konsorcjum ISH zdaniem Odwołującego nie spełniło wszelkich wymagań zarówno ustawy jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec czego nie udowodnili Zamawiającemu, iż będą dysponowali zasobami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia.

22

Zamawiający wezwał Konsorcjum ISH do przedłożenia odpowiednich certyfikatów podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzające spełnienie określonych wymogów jakościowych, zarówno w zakresie projektowania i wykonywania oprogramowania, jak również wdrażania oprogramowania oraz świadczenia do nich usług serwisowych. Konsorcjum ISH złożyło certyfikat ISO 9001 -2008, który ewentualnie mógłby być przyjęty jako certyfikat równoważny dopuszczony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże z treści cyt. *"Niniejszy certyfikat Quality Austria potwierdza stosowanie skutecznego i stale rozwijającego się systemu sterowania jakością spełniającego wymogi normy ISO 9001-2008"*. Zdaniem Odwołującego z treści tego dokumentu nie wynika, iż owy certyfikat spełnia wymogi określone w pkt. 2.1. w załączniku A3 do SIWZ co do wymogów jakościowych. Nie jest bowiem jasno określone, czy właśnie ten certyfikat przedstawia ww. Wykonawcy kompetencje (projektowanie, wykonywanie, wdrażanie, świadczenie usług serwisowych), których wymagał Zamawiający.

Odwołujący wskazał, iż załączone przez Konsorcjum IFH referencje nie spełniają wymogów postawionych w SIWZ: Referencja nr 1 (strony 7-15 oferty) - nie zawiera wymaganego potwierdzenia, że dostawy te zostały wykonane należyście (wymóg ze strony 5 SIWZ): nie potwierdza realizacji wymaganego zakresu prac; Referencja nr 2 (strony 16-17 oferty) nie zawiera wymaganego potwierdzenia, że dostawy te zostały wykonane należyście (wymóg ze strony 5 SIWZ): nie potwierdza realizacji wymaganego zakresu prac dostawy.

Dodatkowo Zamawiający wymagał w załączniku nr A3 SIWZ, aby system spełniał polskie wymagania prawne tj. cyt. *Oferowane oprogramowanie jest zgodne z aktualnymi aktami prawnymi regulującymi organizację i działalność sektora usług medycznych i opieki zdrowotnej w kraju (...)*. Przedstawione przez Konsorcjum ISH wymogu nie potwierdzają, albowiem zaprezentowane wdrożenia dotyczą jednostek węgierskich i jeżeli już potwierdzają jedynie spełnienie wymogów organizacyjno - prawnych tam obowiązujących.

Odwołujący wskazał, że zarówno w ofercie, jak i w przedstawionych przez Konsorcjum ISH wyjaśnieniach brakuje kompletu dokumentów wymienionych w SIWZ a podkreślenia wymaga, iż Konsorcjum ISH był już wzywany do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Zatem zdaniem Odwołującego w przypadku Konsorcjum ISH Zamawiający powinien rozważyć, czy nie zachodzi negatywna przesłanka wezwania tego Wykonawcy do wezwania o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy i jeśli zachodzi, winien go wykluczyć z postępowania.

Wykonawca CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. - w załączniku nr A3 w pkt. 2.1

rewidenta na temat zgodności oferowanego oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29.09.1994r., tj. Dz.U. 121 poz. 591 z 19.11.1994r. ze zm., potwierdzającą, że oferowane oprogramowanie FK jest zgodne co do formy i treści z obowiązującymi przepisami prawa na dzień nie wcześniejszy niż 1 stycznia 2010 roku., która to opinia nie spełnia wymagań Zamawiającego w ocenie Odwołującego. Załączony certyfikat traktuje tylko o tym, że system SIMPLE.ERP w obszarze Finanse i Księgowość jest zgodny z wymagana ustawą, jednak nie spełnia przesłanek co do formy, treści oraz daty oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29.09.1994r.

W ocenie Odwołującego się CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. nie spełnia również wymagań co do kompetencji i oferowanych przez tego Wykonawcę produktów poprzez załączenie certyfikatów nie odpowiadających wymaganiom Zamawiającemu. Załączony przez CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. certyfikat (strona nr 83 oferty) co prawda potwierdza spełnienie warunków określonych w załączniku nr A3 w pkt. 2.1, jednakże w SIWZ Zamawiający (strona nr 1 i 2) określił iż w skład HIS wchodzi cały system medyczny, tak więc również Apteka i Laboratorium.

Zgodnie z informacją na formularzu ofertowym (pkt. 6 na str. 3 oferty - informacje o podwykonawcach), CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. w ramach toczącego się postępowania zaoferowała produkty także innych producentów HIS w zakresie systemu do Apteki i Laboratorium. W obydwu przypadkach CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. deklaruje, że użyje podwykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia w tych obszarach, jako producentów będących firmą wdrażającą to oprogramowanie. Tak więc, zgodnie z wymaganiami SIWZ Wykonawca ten winien dołączyć także certyfikat ISO 9001-2000 lub równoważny, potwierdzający, że producenci systemu do Apteki oraz Laboratorium, a także firmy, które będą wdrażać powyższe oprogramowanie spełniają podstawowe wymagania jakościowe, czego nie uczynił.

W ocenie Odwołującego Zamawiający przez dokonanie nieprawidłowej i nieściślej weryfikacji zarówno przedstawionych przez Konsorcjum ISH oraz CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o., jak również treści ich wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów, naruszył zasadę art. 7 ust. 1 ustawy dotyczącą równości i uczciwej konkurencji. Ogólny charakter wskazanych zasad w tym przepisie przejawia się w wieloaspektowym ich oddziaływaniu na postępowanie. Ich obowiązywanie musi być odnoszone do każdego etapu postępowania o udzielenie zamówienia, konkretyzacja zasad następuje w przepisach regulujących poszczególne kwestie z zakresu postępowania. Stosowanie przepisów ustawy zawsze musi być odnoszone do zasad. Wyrażona w art. 7 ustawy zasada równości nakłada na

Zamawiającego obowiązek równego traktowania wszystkich Wykonawców. Z kolei zapewnienie równego udziału w postępowaniu jest nakazem prawa, realizowanym w ustawie przez zobowiązanie Zamawiającego do jednakowego podejścia do wykonawców. Równe traktowanie odnosi się nie tylko do aspektu formalnego postępowania, ale również i merytorycznego, czyli do oceny złożonej oferty według takich samych kryteriów, czego w tym postępowaniu Zamawiający nie uczynił. Zamawiający ma obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Prawo nie pozwala traktować żadnego z wykonawców w sposób uprzywilejowany. Zamawiający musi stawiać wszystkim wykonawcom jednakowe wymagania. Niedopuszczalne jest stosowanie jakichkolwiek preferencji podmiotowych. Działanie zasady uczciwej konkurencji nie może być ograniczone decyzjami Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu przez brak rzetelności weryfikacji przedłożonych dokumentów zarówno w ofercie, jak i treści wyjaśnień, zaniechanie wezwania do wymaganych przez specyfikacje istotnych warunków zamówienia dokumentów naruszył zasadę uczciwej konkurencji.

Zamawiający nie wyjaśnił również zarzutu, jakie skierował Odwołujący w piśmie z dnia 16 września 2011 roku, co do nie uwzględnienia w LP nr 16 formularza cenowego (strona 2 oferty) przez Konsorcjum ISH minimalnego zakresu usług wdrożeniowych w ilości 200

roboczo. Niewyjaśnienie tego stanu rzeczy powoduje bardzo duże prawdopodobieństwo, że Konsorcjum ISH zaoferowało dużo mniejszy zakres usług wdrożeniowych niż w wymagany w SIWZ minimum 200 roboczo lub też zastosowało rażąco niską cenę. Niezgodność z SIWZ w tym przypadku winna skutkować odrzuceniem oferty. Dodatkowo Odwołujący przywołał ustęp 3 art. 7 ustawy, który to wprowadza zasadę udzielenia zamówienia wyłącznie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a więc przy zastosowaniu dozwolonego dla danej wartości trybu i po dokonaniu niezbędnych przewidzianych prawem czynności. Niezbędne czynności, to czynności zmierzające do wyjaśnienia wątpliwości w innych ofertach składanych przez Wykonawców, których to Zmawiający w przypadku Konsorcjum ISH nie wyjaśnił. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający nie dokonał weryfikacji zaświadczenia z węgierskiego urzędu skarbowego pod względem jego aktualności, który datowany jest na dzień 24 listopada 2010r. W świetle powyższe istnieje duże prawdopodobieństwo, że owe zaświadczenie jest nieaktualne, tym samym nie wypełnia specyfikacji istotnych warunków zamówienia a co za tym idzie oferta Konsorcjum ISH winna zostać odrzucona, jako niezgodna z SIWZ.

25

Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania w dniu 10 października 2011 roku.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2180/11 po stronie Odwołującego:

- 10 października 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (80-252) przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego co leży w interesie zgłaszającego przystąpienie. Zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, że zarzuty zawarte w odwołaniu są bezpodstawne, a żądania nieuprawnione i stąd odwołanie winno być oddalone;
- 12 października 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ulicy Do Dysa 9, 20-149 Lublin. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, że zarzuty zawarte w odwołaniu są bezpodstawne a odwołanie powinno zostać oddalone.

Odpowiedź na odwołanie

17 października 2011 roku wpłynęła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie złożona przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wniesionego przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie z uwagi na brak naruszeń przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy polegające na wyborze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (80-252) przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest jako najkorzystniejszej.

26

Zamawiający wskazał, że zarzut Odwołującego dotyczący niezłożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest bezzasadny. Ofertę opatrzoną była pieczęcią wykonawców ISH Sp. z o.o. w Gdańsku i ISH Informatika Kft. Budapest zatem nie ma wątpliwości jaki podmiot złożył ofertę. Warto wskazać, iż skrót w języku angielskim LLC (Limited Liability Company) oraz skrót w języku węgierskim Kft. oznaczają to samo, czyli

spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Nie mamy więc do czynienia z dwoma różnymi podmiotami gospodarczymi a jedynie z tłumaczeniem na język angielski nazwy własnej ISH Informatika Kft. Budapest. Zamawiający nie miał wątpliwości co do faktu, iż ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ISH Sp. z o.o. w Gdańsku i ISH Informatika Kft. należycie do tego umocowana.

W zakresie złożonego certyfikatu Quality Austria Zamawiający podtrzymuje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2175/11 i podtrzymuje, iż przedłożony certyfikat spełnia wymogi określone w załączniku A3 do SIWZ. Zamawiający wskazał, iż dokonał weryfikacji przedłożonych referencji i tabel dostaw i stwierdził, iż spełniają one wymogi przedstawione w SIWZ. Dodaje, że oceny spełnienia warunku dokonuje się przez wykaz wykonanych usług stanowiący oświadczenie wykonawcy, w którym przedstawia on informacje na temat wykazywanej usługi, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Natomiast dokument referencji nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu - zarzut Odwołującego należy uznać za nieuzasadniony.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (80-252) przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w tym zakresie opisane w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2175/11.

Odwołujący powołał się na jedną z pozycji formularza cenowego złożonego przez Konsorcjum ISH w zakresie usług wdrożeniowych, wskazując iż zastosowano rażąco niską cenę za te usługi bądź zaoferowano mniejszy zakres usług niż wymaga SIWZ. Takie twierdzenia Odwołującego są nieuzasadnione ponieważ *Przy ocenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę ogólną cenę oferty. Zamawiający nie może zatem opierać się wybiórczo na poszczególnych elementach kalkulacyjnych, stanowiących część składową ceny*"(vide: Komentarz. Prawo Zamówień Publicznych, T. Czajkowski, Warszawa 2007 r., str.305) Sąd Okręgowy w Poznaniu w postanowieniu z dnia 17 stycznia 2006 roku sygn. akt II Ca 2194/05 zauważył, iż *choćby nawet sama cena części oferty mogła być*

27

uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niską cenę całej oferty. Należy podkreślić, iż w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z koniecznością uznania ceny oferty za rażąco niską, nawet w jej części, nie ma też podstaw do twierdzenia, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił, że chybiony też jest zarzut dotyczący braku aktualności zaświadczenia z urzędu skarbowego Konsorcjum ISH albowiem zostało one uzupełnione na dzień 30 sierpnia 2011 roku.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 2175/11 i KIO 2180/11:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 października 2011 roku oraz zostały przekazane w ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdzają dołączone do odwołań informacje potwierdzające przesłanie odwołań i co potwierdził na posiedzeniu Zamawiający.

Izba ustaliła, że w przypadku każdego z odwołań, zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej*

ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła następujące dowody złożone na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o.: wydruk ze strony internetowej

28

zawierający parametry techniczne monitora firmy ASUSTEK model VB175D, wydruk ze strony internetowej zawierający parametry techniczne stacji roboczych HP Compaq 6200 Pro Small Form Factor XY 102EA oraz HP Compaq 6200 Pro Microtower XY 100EA, wydruk korespondencji mailowej wraz z wydrukiem informacji ze strony internetowej zawierającej zestawienie monitorów posiadających certyfikat TCO oraz wydruk ze strony internetowej producenta monitora zawierający informację dotyczącą posiadanych przez monitor certyfikatów, informację (ulotkę) dotyczącą systemu informatycznego.

Izba dopuściła dowód złożony na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego Asseco Poland S.A. w postaci oświadczenia firmy Tech Data Polska Sp. z o.o. z 19 sierpnia 2011 roku.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez pełnomocnika uczestnika postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest: podręcznik użytkownika dla monitora LCD serii VB175 oraz informację ze strony internetowej dotyczącą parametrów technicznych HP Compaq 6200 Pro Microtower.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2175/11 po stronie Zamawiającego tj.:

- Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2180/11 po stronie Zamawiającego

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest,
- CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ulicy Do Dysa 9, 20-149 Lublin .

29

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Sygn. akt KIO 2175/11

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w zakresie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk

(pełnomocnik) i ISH INFORMATIKA LLC z siedzibą w Budapeszcie Huszti ut 32, H-1033 Budapest (dalej „Konsorcjum ISH”) w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio – oraz art. 96 ust. 3 ustawy Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458) Zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek polegającego na nieodtajnieniu przez Zmawiającego*

30

dokumentu opinii biegłego na temat zgodności oferowanego oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29 września 1994 roku, która będzie w swej treści zawierać oświadczenie wymagane przez Zamawiającego potwierdzające, że oferowane oprogramowanie FK jest zgodne co do formy i treści z obowiązującymi przepisami prawa na dzień nie wcześniejszy niż 1 stycznia 2010 roku Izba wskazuje, że zarzut ten uznała za zasadny, zaś na marginesie dodaje, że Odwołujący błędnie podał w zarzucie podstawę prawną, jednakże w treści uzasadnienia odwołał się do właściwego przepisu. Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Przejawia się ona w szeregu czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne ofert jawnego otwarcie i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania, aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności*. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Wcześniejsze uregulowanie przepisu odwoływało się do tajemnicy handlowej, która dzisiaj zawarta jest w *innych informacjach*

31

posiadający wartość gospodarczą. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być

informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyrok SN z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (również wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, poz. 67). Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez SN pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, co zostało ugruntowane w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego.

32

Zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie oraz zawartym w piśmie Odpowiedź na odwołanie z dnia 14 października 2011 roku, Zamawiający wezwał pismem 5 października 2011 roku Konsorcjum ISH do złożenia stosowanych wyjaśnień w zakresie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsorcjum ISH w odpowiedzi przedstawiło swoje stanowisko potwierdzając Zamawiającemu, że dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie podlega ujawnieniu jako wyjątek od zasady jawności postępowania. Zamawiający w oparciu o to oświadczenie Konsorcjum ISH nie odtajnił dokumentów, które Konsorcjum IHS złożyło w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów. Izba nie podziela stanowiska przedstawionego przez Odwołującego w odwołaniu o braku podstawy do objęcia dokumentu tajemnicą w sytuacji, gdy dokument ten składany jest przez Wykonawcę dopiero w wyniku wezwania do uzupełnienia. Należy mieć na uwadze, że dokument zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa nie przestaje zawierać tej tajemnicy jedynie dlatego, że dokument składany jest przez wykonawcę w wyniku uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego a nie wraz z ofertą ponieważ zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę jeżeli łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, przedsiębiorstwa, spełnia technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Izba nie stwierdziła podstaw do objęcia dokumentu opinii biegłego na temat zgodności oferowanego oprogramowania FK z ustawą

o rachunkowości z dnia 29 września 1994 roku, która będzie w swej treści zawierać oświadczenie wymagane przez Zamawiającego potwierdzające, że oferowane oprogramowanie FK jest zgodne co do formy i treści z obowiązującymi przepisami prawa na dzień nie wcześniejszy niż 1 styczeń 2010 roku tajemnicą przedsiębiorstwa. Uwzględniając wypracowane w doktrynie mechanizmy Zamawiający przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w pierwszej kolejności poinformować podmiot zastrzegający, choć przepisy ustawy nie nakładają na Zamawiającego takiego obowiązku o zamiarze odtajnienia dokumentów. Takie postępowanie po pierwsze wpisuje się w należytą staranność prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po drugie może uchronić Zamawiającego od groźby ponoszenia kar (postępowanie karne)

33

a po trzecie daje podmiotowi, który zawarł we wniosku informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa prawo do wnoszenia środka ochrony prawnej w zakresie ewentualnej czynności Zamawiającego. Niezależnie od przedstawionego stanowiska Izby zaznaczyć należy w tym miejscu fakt złożenia przez pełnomocnika Konsorcjum ISH, na rozprawie, oświadczenia, że Zamawiający może odtajnić dokument - opinie biegłego. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; w związku z art. 9 ust. 2 ustawy Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim* polegającego na nieodrzuconiu oferty Konsorcjum ISH z postępowania z powodu uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego w sposób niezgodny z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia a także ustawą prawo zamówień publicznych Izba uznała za zasadny. Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.* – Zamawiający pismem datowanym na dzień 16 września 2011 roku wezwał Konsorcjum ISH do uzupełniania dokumentów, między innymi do uzupełnienia wydruków ze strony www.spec.org w zakresie wymagań stawianych dla sprzętu komputerowego (zał. A4 do SIWZ). Konsorcjum ISH uzupełniło dokumenty przekazując Zamawiającemu odpowiednie wydruki w języku angielskim. Zgodnie ze SIWZ (część X. Opis sposobu przygotowania ofert) Zamawiający wymagał od wykonawców składających dokumenty w postępowaniu w języku polskim, w żadnym miejscu SIWZ nie dopuścił posługiwania się innym językiem (art. 9 ust. 3 ustawy). Tym samym wykonawcy zobowiązani byli do składania wszystkich dokumentów w postępowaniu w języku polskim a w przypadku, gdy dokumenty sporządzone były w języku obcym obowiązkiem wykonawców było złożenie tych dokumentów wraz z tłumaczeniem na język polski co wynika z wprost z § 6 pkt 4 - *Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli*

34

zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy - Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Nie znajduje również w ocenie Izby uzasadnienia argumentacja jakoby dokumenty te – testy oferowanych urządzeń nie stanowiły dokumentów określonych w wymienionym wyżej rozporządzeniu. Izba wskazuje również, że zgodnie z utrwalonym poglądem w orzecznictwie jak i w doktrynie, że Zamawiający ma obowiązek ale i uprawnienie tylko jednorazowo wezwać wykonawcę do uzupełnienia danego dokumentu. Tym samym w rozpoznawanej

sprawie Zamawiający nie ma możliwości ponownie wezwać Konsorcjum ISH do złożenia dokumentów, które były już raz przedmiotem wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków w postępowaniu* polegającego na niewykluczeniu z postępowania Konsorcjum ISH jako, że nie wykazało ono spełnienia warunku udziału w postępowaniu ponieważ nie złożyło dokumentu potwierdzającego zdolność ekonomiczną, Izba uznała, że zarzut ten jest zasadny a konsekwencją jego uwzględnienia jest odrzucenie oferty z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy - *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*. Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ustawy zgodnie z opisem sposobu spełnienia warunku zawartym w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert*. Dokumenty jakich może żądać Zamawiający zostały określone - zgodnie z delegacją art. 25 ust. 2 *Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem oraz że potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może być*

35

w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną – w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817) (dalej: rozporządzenie).

Na podstawie § 1 pkt 1 ppkt 10 rozporządzenia *W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, (...), których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust 2 ustawy zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia*. Zamawiający w SIWZ w sposób jednoznaczny podał opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej (część VI pkt 2 lit. c SIWZ) na potwierdzenie opisanego wyżej warunku tj. posiadania ubezpieczenia na kwotę nie niższą niż 500.000 zł (część V pkt 1 ppkt 4 SIWZ) wykonawca zobowiązany był złożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: Wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII GA 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą polisa ubezpieczenia OC lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia składana jest w postępowaniu w celu potwierdzenia sytuacji ekonomicznej tego wykonawcy pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Posiadanie ubezpieczenia OC potwierdza zatem po pierwsze – zdolność bycia ubezpieczonym a po drugie – zdolność poniesienia

określonych kosztów w celu uzyskania owego ubezpieczenia. Co do istoty sprawy, należy podnieść, że każdy wykonawca uprawniony jest do złożenia zamiast opłaconej polisy ubezpieczeniowej innego dokumentu potwierdzającego fakt ubezpieczenia wykonawcy przy jednoczesnym spełnieniu wymagania barku polisy po stronie wykonawcy. W ocenie Izby to na wykonawcy, który zobowiązany jest do udowodnienia, iż spełnia określone w SIWZ

36

wymagania ciąży obowiązek wykazania, iż w przypadku, gdy składa inny dokument na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności ekonomicznej niż polisa ubezpieczeniowa, że nie posiada polisy ubezpieczeniowej. W badanej sprawie, w treści *świadcstwa ubezpieczeniowego* złożonego przez Konsorcjum ISH wraz z ofertą broker ubezpieczeniowy wprost wskazał na istnienie polis ubezpieczeniowych podając ich numery. Należy zgodzić się z Odwołującym, że dokument złożony przez Konsorcjum ISH wraz z ofertą jest dokumentem pochodzącym od podmiotu trzeciego co wyłącza potraktowanie go jako polisy

która przez ubezpieczeniowej, jest dokumentem wystawianym ubezpieczyciela a potwierdzającym fakt zawarcia umowy ubezpieczenia. Prowadzi to do wniosku, że Konsorcjum ISH posiada polisy ubezpieczeniowe, którymi może się wykazać w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub w celu wykazania, że uprawnione jest do posłużenia się innym dokumentem niż polisa ubezpieczeniowa do wykazania spełnienia tego warunku. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie został zobowiązany do wezwania Konsorcjum ISH do uzupełnienia polisy ubezpieczeniowej, ponieważ w wyniku wcześniej już dokonanego wezwania Konsorcjum uzupełniło dokumenty, które stanowią podstawę do odrzucenia oferty z postępowania, co wynika z art. 26 ust. 3 zd.1 ustawy - *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.* Zamawiający, uwzględniając więc art. 26 ust.3 zd.1 i dokonane ustalenia faktyczne dotyczące podstawy do odrzucenia oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy winien wykluczyć Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 czego konsekwencją będzie odrzucenie oferty tego wykonawcy z postępowania na podstawie ustawy, art. 24 ust 4 ustawy, o czym Izba wyrzekła w sentencji wyroku.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* przejawiające się w nieuzupełnieniu braków w ofercie tj. nie złożyło wymaganych certyfikatów ISO 9001:2000 lub równoważnych potwierdzających wymogi jakościowe, co najmniej w zakresie projektowania, wykonywania i wdrażania oprogramowania oraz świadczenia usług serwisowych Izba nie uwzględniła tego zarzutu, ponieważ z treści złożonych dokumentów przez Konsorcjum ISH a objętych tajemnicą

37

przedsiębiorstwa (co nie było kwestionowane przez Odwołującego) wynika spełnienie wymagań Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* przejawiające się w zaoferowaniu monitorów (86 sztuk) firmy ASUSTEK model VB175D, które nie spełniają wymagań Zamawiającego odnośnie kątów widzenia (160° w pionie i 170° w poziomie) alb owiem dysponuje kątami (160° w pionie i 160° w poziomie) oraz zaoferowania stacji i roboczych (21 sztuk) firmy HP model Cq (Compaq) 6200 PRO SFF, które to stacje dysponują zasilaczami o mocy 240W podczas, gdy Zamawiający wymagał dostarczenia stacji o mocy minimum 320W Izba nie uwzględniła tego zarzutu. Izba wyjaśnia w pierwszej kolejności, że złożone przez Odwołującego dowody w postaci wydruków ze stron internetowych Izba dopuściła w postępowaniu jako dowody jednakże w czasie oceny złożonego materiału dowodowego nie uznała tych dokumentów

tj.: wydruk ze strony internetowej zawierający parametry techniczne monitora firmy ASUSTEK model VB175D, za wystarczające do potwierdzenia twierdzeń Odwołującego. Izba wskazuje, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą ogólne, skierowane do wszystkich informacje zawarte na stronach internetowych nie stanowią wystarczającego dowodu potwierdzającego argumentację Odwołującego. Jednocześnie Izba wskazuje, że złożony przez pełnomocnika Konsorcjum ISH dowód podręcznik użytkownika dla monitora LCD serii VB175, niekwestionowany przez Strony postępowania odwoławczego Izba uwzględniła i na podstawie tego dowodu uznała, że parametry zaoferowanego przez Konsorcjum ISH monitora są zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego. Odnosząc się do dowodów w zakresie stacji roboczych złożonych zarówno przez pełnomocnika Odwołującego wydruk ze strony internetowej zawierający parametry techniczne stacji roboczych HP Compaq 6200 Pro Small Form Factor XY 102EA oraz HP Compaq 6200 Pro Microtower XY 100EA jak i przez pełnomocnika Konsorcjum ISH informację ze strony internetowej dotyczącą parametrów technicznych HP Compaq 6200 Pro Microtower, Izba dopuściła dowody w postępowaniu, jednakże z uwagi na to, że są to wydruki ze stron internetowych zawierające podobnie jak w przypadku monitorów informacje skierowane do wszystkich nie mają one mocy, która pozwoliłaby na uwzględnienie tych dokumentów przy rozpoznawaniu zarzutu. W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, że Konsorcjum ISH nie zaoferowało stacji roboczej z zasilaczem o mocy minimum 320W.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w zakresie oferty złożonej przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-

38

322 Rzeszów (dalej „ASSECO”) w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*; w związku z art. 9 ust. 2 ustawy *Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim przez złożenie dokumentów w języku obcym*. Izba nakazała nie w związku z uznaniem zarzutu wezwanie ASSECO na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert*. – do uzupełnienia wydruków ze strony www.spec.org w zakresie wymagań stawianych dla sprzętu komputerowego (zał. A4 do SIWZ). Wezwanie do uzupełnienia dokumentów powinno zawierać wskazanie jakie dokumenty powinny być złożone przez ASSECO w postępowaniu. W przedmiotowym przypadku wykonawca powinien uzupełnić dokumenty tj. wydruki testów wraz z tłumaczeniem na język polski zgodnie z § 6 pkt 4 - *Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy - Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* przejawiającego się tym, że ASSECO zaoferowało monitory firmy HP model s2031a, które nie spełniają wymagań Zamawiającego odnośnie wymaganych certyfikatów z uwagi na brak certyfikatu TCO oraz CUL, Izba nie uznała zarzutu za zasadny. Izba dopuściła w postępowaniu dowód złożony przez ASSECO tj. oświadczenie firmy Tech Data Polska Sp. z o.o. z 19 sierpnia 2011 roku, z którego treści jednoznacznie wynika, że dostarczone Zamawiającemu monitory spełniać będą wszystkie

wymagania określone w SIWZ oraz będą posiadać wymagane przez Zamawiającego certyfikaty. W ocenie Izby dokument ten potwierdza stanowisko zaprezentowane przez ASSECO na rozprawie dotyczące spełnienia przez oferowane monitory wymagań Zamawiającego w zakresie certyfikacji. Izba uznała ten dokument za istotny dowód w sprawie z uwagi na jego szczegółowość polegającą na określeniu nazwy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na potrzeby którego owe oświadczenie zostało złożone a także odniesienie do wymagań zawartych w SIWZ. Dopuszczając w postępowaniu dowód złożony przez pełnomocnika Odwołującego z wydruku korespondencji mailowej wraz z wydrukiem informacji ze strony internetowej zawierającej zestawienie monitorów posiadających certyfikat TCO oraz wydruk ze strony internetowej producenta monitora zawierający informację dotyczącą posiadanych przez monitor certyfikatów Izba oceniwszy dowód uznała, że nie przedstawia on wystarczającej mocy dowodowej, na podstawie której można polemizować z oświadczeniem złożonym przez ASSECO. Dodać należy również w tym miejscu, że złożona korespondencja oraz wydruki wskazują jedynie na monitory, które posiadają certyfikat TCO i to również w niepełnym zakresie co było podniesione na rozprawie przez ASSECO i niekwestionowane przez Odwołującego. Dodatkowo przywołać należy wcześniejsze rozważania na temat mocy dowodowej dokumentów będących wydrukami stron internetowych. Uwzględniając powyższe Izba wyrzekła jak w sentencji wyroku.

Sygn. akt KIO 2180/11

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu*

przepis stosuje się odpowiednio – oraz art. 96 ust. 3 ustawy Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez zaniechanie odtajnienia dokumentów złożonych przez Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA Kft Budapest, którzy złożyli wnioski w postępowaniu zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w zakresie opinii biegłego na temat zgodności oferowanego oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29 września 1994 roku, która będzie w swej treści zawierać oświadczenie wymagane przez Zamawiającego potwierdzające, że oferowane oprogramowanie FK jest zgodne co do formy i treści z obowiązującymi przepisami prawa na dzień nie wcześniejszy niż 1 stycznia 2010 roku Izba wskazuje, że zarzut ten uznała za zasadny. Izba nie stwierdziła podstaw do objęcia dokumentu opinii biegłego na temat zgodności oferowanego oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29 września 1994 roku, która będzie w swej treści zawierać oświadczenie wymagane przez Zamawiającego potwierdzające, że oferowane oprogramowanie FK jest zgodne co do formy i treści z obowiązującymi przepisami prawa na dzień nie wcześniejszy niż 1 stycznia 2010 roku tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym miejscu Izba wskazuje również, że nie może ostać się argumentacja Odwołującego

dotycząca braku wezwania Konsorcjum ISH do wyjaśnienia podstaw objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowego dokumentu, bowiem Zamawiający czynność tę wykonał. Pozostałe uzasadnienie stanowiska Izby w zakresie tego zarzutu jest zbieżne z tym jakie zostało poczynione na okoliczność rozpoznania tego samego zarzutu w odwołaniu o sygn. akt. KIO 2175/11 w zakresie, którego orzeczono w niniejszym wyroku. W zakresie zarzutu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* art. 7 ust. 3 ustawy *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy* polegający na braku zachowania przez Zamawiającego uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a przejawiający się w zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z badaniem skuteczności dokonanego przez Konsorcjum ISH zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tj. utajnienie treści opinii biegłego rewidenta na temat zgodności oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości i tym samym uniemożliwienie pozostałym

41

wykonawcom weryfikacji oferty Konsorcjum ISH Izba uznała, że Zamawiający naruszył podnoszoną w odwołaniu zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy o równym traktowaniu wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków w postępowaniu* polegającego na niewykluczeniu z postępowania Konsorcjum ISH jako, że nie przedłożył pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum ISH Polska Sp. z o.o. i ISH Informatica LLC co tym samym wykluczyło tożsamość podmiotową Wykonawcy składającego ofertę, Izba wskazuje, że zarzutu nie uznała za zasadny. Należy uwzględnić stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie z 16 października 2011 roku oraz potwierdzone przez pełnomocnika Konsorcjum ISH na rozprawie. Spółka ISH Informatica LLC oraz spółka ISH INFORMATIKA Kft to ten sam podmiot gdzie oznaczenie

42

„LLC” w języku angielskim oznacza taki sam skrót w języku węgierskim to jest „Kft” oznaczające formę prawną spółki jako „Sp. z o.o”.

Odnosząc się do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem*

art. 87 ust. 2 pkt ustawy przejawiające się nie złożeniem wymaganych certyfikatów ISO 9001:2000 lub równoważnych potwierdzających wymogi jakościowe, co najmniej w zakresie projektowania, wykonywania i wdrażania oprogramowania oraz świadczenia usług serwisowych Izba nie uwzględniła tego zarzutu w stosunku do Konsorcjum ISH, ponieważ z treści złożonych dokumentów przez Konsorcjum ISH a objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (co nie było kwestionowane przez Odwołującego) wynika spełnienie wymagań Zamawiającego.

W zakresie podanego naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera błędy w obliczeniu ceny* a także uwzględnienia argumentacji jaka została zawarta w uzasadnieniu odwołania Izba nie uwzględniła tego zarzutu. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zarzut jest prawidłowo sformułowany w sytuacji gdy Odwołujący poda jego uzasadnienie faktyczne i prawidłową podstawę prawną. W rozpoznawanym zarzucie Odwołujący powołując się na błąd w obliczeniu ceny nie wykazał na czym owy błąd polega natomiast argumentował w uzasadnieniu, że Konsorcjum ISH oferuje *dużo mniejszy zakres usług wdrożeniowych niż w wymagany w SIWZ minimum 200 roboczo-dni lub też zastosowało rażąco niską cenę. Niezgodność z SIWZ w tym przypadku winna skutkować odrzuceniem oferty.* Niezgodność zakresu przedmiotu zamówienia z SIWZ przez zaoferowanie mniejszego zakresu usług wdrożeniowych powinna zostać w odwołaniu wykazana przez Odwołującego w sposób dający się zidentyfikować jednocześnie powinna być poparta prawidłową podstawą prawną; dotyczy to również wyartykułowanego w uzasadnieniu argumentu rażąco niskiej ceny. Izba zwraca uwagę, że zarzuty jakie stawia Odwołujący winny być sformułowane w sposób precyzyjny, ze wskazaniem konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ustawy, które potwierdzają wskazane podstawy prawne zarzutu. Zarzuty prawne konkretyzują się bowiem, przez podanie kwestionowanych czynności Zamawiającego lub zaniechania czynności przez Zamawiającego. Sformułowanie zarzutów w sposób ogólny, przez jedynie podanie podstawy prawnej (artykułu) oraz częściowego przytoczenia treści powoływanego przepisu lub wskazanie naruszenia bez podania podstawy prawnej z której wywodzi się owo naruszenie nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski. Odwołanie powinno zawierać przedstawienie zarzutów, wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania oraz uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania –

niemniej najistotniejszym z elementów odwołania są zarzuty, to one stanowią uzewnętrzniony przez odwołującego katalog naruszeń dokonanych przez Zamawiającego i są niezbędne aby możliwe było skarżenie podejmowanych decyzji Zamawiającego. Celem postępowania odwoławczego, spełniającego rolę prewencyjną, jest szybkie reagowanie na podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu czynności lub zaniechania czynności oraz ich korekta w przypadku stwierdzenia ich wadliwości, jednakże jest to możliwe gdy zarzuty określone przez Odwołującego są precyzyjne. Powyższa argumentacja, dotycząca braku precyzyjności zarzutów ma również zastosowanie do podnoszonego w odwołaniu przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 26 ust 2b ustawy a polegającego na uznaniu, iż Konsorcjum ISH i CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. spełnili wszelkie wymagania zarówno ustawy jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec czego udowodnili Zamawiającemu, iż będą dysponowali zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w sytuacji, gdy obaj Wykonawcy nie przedstawili wymaganych referencji, które o powyższym by świadczyły. Izba wskazuje, że w zakresie CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. Odwołujący nie wskazał na czym polega owo naruszenie co powoduje niemożliwość rozpoznania owego zarzutu a w konsekwencji nieuwzględnienie zarzutu w tej części. W stosunku do Konsorcjum ISH podniósł Odwołujący nieprawidłowości polegające na brakach w treści referencji sformułowań płynących wprost z przepisów ustawy z czym również uniesposób się zgodzić - Izba nie uwzględniła zarzut i w tej części. Legitymacja spełnienia warunku wynika z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w stosownym wykazie dostaw oraz referencjach złożonych wraz z wykazem. Nadmienić w tym miejscu należy, iż Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia opisanego warunku wiedzy i doświadczenia łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w wykazie wraz z informacjami zawartymi w referencjach. Nieuprawnionym po jest dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, iż treść referencji

nie została zdefiniowana a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tą referencję, bądź inny dokument wystawia. W rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* w nie są zdefiniowane wymagania w zakresie obowiązku zamieszczenia w referencji szczegółowej informacji o określonym zakresie. Zamawiający nie może żądać od wykonawcy aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza wymaganiami określonymi w rozporządzeniu, ale również nie może wymagać aby informacje jakie zostały zawarte w referencji były literalnym odzwierciedleniem przepisów prawa. Problematyka ta jest

44

obecnie szeroko opracowana w doktrynie i znajduje potwierdzenie w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt* ustawy przejawiające się po pierwsze, nie złożeniem wymaganych certyfikatów ISO 9001:2000 lub równoważnych potwierdzających wymogi jakościowe, co najmniej w zakresie projektowania, wykonywania i wdrażania oprogramowania oraz świadczenia usług serwisowych Izba uwzględniła zarzut w stosunku do CompuGroup Medical Polska Spółka z o.o. w zakresie spełnienia przez producenta oprogramowania aplikacyjnego HIS określonych wymagań jakościowych w zakresie projektowania i wykonywania dotyczących systemu do apteki i laboratorium. Izba uwzględniła również zarzut w zakresie dotyczącym co najmniej złożenia wyjaśnień co do tego, który podmiot będzie wdrażał i serwisował system do apteki i laboratorium tzn. czy dostawca oprogramowania czy CompuGroup Medical Polska Spółka z o.o. W związku z czym Izba zobowiązała Zamawiającego do zwrócenia się do CompuGroup Medical Polska Spółka z o.o o złożenie wyjaśnień co do ustalenia, kto będzie odpowiedzialny za wdrożenie i serwisowanie system do apteki i laboratorium a w przypadku podania informacji, iż system będzie wdrażany i serwisowany przez producenta a nie przez CompuGroup Medical Polska Spółka z o.o zobowiązała Zamawiającego także złożenia certyfikatu ISO 9001:2000 lub równoważnego dotyczącego spełnienia określonych wymagań jakościowych co najmniej w zakresie wdrażania oprogramowania oraz świadczenia do nich usług serwisowych dla podmiotu który faktycznie miałby świadczyć te usługi. Izba dopuściła dowód złożony przez pełnomocnika CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. będący ulotką a mającą potwierdzić, że spółka jest producentem oprogramowania HIS. W ocenie Izby dowód ten nie ma waloru jaki można by uznać za niezbędny do oceny niniejszej sprawy, bowiem nie było twierdzone przez Strony, że CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. nie jest producentem oprogramowania HIS a pełnomocnik CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. nie zaprzeczył, że system do apteki i laboratorium będzie dostarczony przez inny podmiot. Po drugie odnosząc się do zarzutu dotyczącego załączenia do oferty przez CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. nieprawidłowej opinii biegłego rewidenta na temat zgodności oferowanego oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29.09.1994r., potwierdzającą, że oferowane oprogramowanie FK jest zgodne co do formy i treści z obowiązującymi przepisami prawa na dzień nie wcześniejszy niż 1 stycznia 2010 roku Izba uznała za zasadny zarzut i nakazała wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów

45

wymaganych przez Zamawiającego tj. - dokumentu opinia biegłego rewidenta, na temat zgodności oferowanego oprogramowania FK z ustawą o rachunkowości z dnia 29 września 1994 roku, która będzie w swej treści zawierać oświadczenie wymagane przez Zamawiającego potwierdzające, że oferowane oprogramowanie FK jest zgodne co do formy i treści z obowiązującymi przepisami prawa na dzień nie wcześniejszy niż 1 stycznia 2010 roku. Należy uznać twierdzenia Odwołującego za prawidłowe i zasadne, bowiem z treści opinii jaka została złożona wraz z ofertą przez CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. wynika jedynie, że system SIMPLE.ERP w obszarze Finanse i Księgowość jest zgodny z wymaganą ustawą, natomiast brak jest w opinii informacji na temat spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie formy oraz daty na jaką owy system jest

zgodny z wymaganymi przepisami. W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia argumentacja pełnomocnika CompuGroup Medical Polka Sp. z o.o. jakoby data sporządzenia była datą na którą można przyjąć zgodność systemu z wymaganymi przez Zamawiającego przepisami prawa.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która

46

z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Izba dopuściła dowody w postępowaniu dowody składane przez Odwołujących jak i przez uczestnika postępowania odwoławczego jednakże w ocenie Izby dowody te poza oświadczeniem firmy Tech Data Polska Sp. z o.o. z 19 sierpnia 2011 roku nie mogły i nie potwierdziły faktów wywodzonych przez podmioty je składające co zostało omówione dokładnie w tym uzasadnieniu wyroku odpowiednio przy rozpoznaniu każdego z zarzutów.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołujących zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy; zasadę jawności postępowania określoną w art. 8 ustawy a także zasadę określoną w art. 9 ust. 2 ustawy prowadzenia postępowania w języku polskim.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

47