

Sygn. akt: KIO 1615/11

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2011 r. przez **Odwołującego - Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie i Sputnik Software z siedzibą w Poznaniu** przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Unizeto Technologies S.A.**, i nakazuje:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Unizeto Technologies S.A.**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. dokonać wpłaty kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Odwołującego - Unizeto Technologies S.A.**, na rzecz **Zamawiającego - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie, Wykonanie i Wdrożenie Systemu P7 - Część II zamówienia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 4 czerwca 2011 r., poz. 2011/S 107-176262 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 29 maja 2011 r. Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym wskazywała na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 i 3 w związku z art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez bezzasadną odmowę udostępnienia całości oferty złożonej przez jednego z wykonawców na skutek błędnego uznania przez Zamawiającego, że zachodzą przesłanki do skutecznego utajnienia części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie i Sputnik Software z siedzibą w Poznaniu (dalej: Przystępujący, Konsorcjum ATM).

Odwołujący na rozprawie podtrzymał zarzuty odwołania i wnosił o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia w ofercie złożonej przez Konsorcjum ATM następujących dokumentów:

1. Wykaz wykonanych usług wdrożenia potwierdzających spełnienie warunków określonych w rozdziale IV podrozdział II, ust. 1 pkt 2 lit b SIWZ oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie wykonanych usług.
2. Wykaz osób, którymi będzie dysponował wykonawca do realizacji zamówienia.

3. Wykaz sprzętu oraz licencji dostarczonych w ramach realizacji zamówienia.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych – Przystępujący zaoferował ofertę z niższą ceną, zatem Odwołujący, drugi w rankingu cenowym, ma prawo pełnego zapoznania się z dokumentami załączonymi do oferty konkurencji, o ile niesłusznie – zdaniem Odwołującego - zostały one utajnione.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie, chociaż w zakresie jednego z zarzutów uzasadnione, nie może zostać uwzględnione ze względu na przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, a to dlatego, że uwzględnienie słusznie podniesionych zarzutów nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Po otwarciu ofert, a przed wyborem oferty najkorzystniejszej, uczestnicy postępowania zapoznawali się z ofertami konkurencji. Odwołującemu umożliwiono wgląd do ofert w dniu 25 lipca br. Zamawiający udostępnił Odwołującemu ofertę Przystępującego, lecz bez wykazu usług i dokumentów go potwierdzających oraz bez wykazu osób i sprzętu.
2. Zamawiający, nie okazując wszystkich dokumentów załączonych do oferty Przystępującego, nie wyjaśnił, że jest na etapie badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dlatego Odwołujący uznał, że Zamawiający w pełni zaakceptował zastrzeżenie tajemnicy w ofercie Przystępującego jako słuszne i skuteczne, w konsekwencji na tą czynność Zamawiającego złożył odwołanie.
3. Po złożeniu odwołania Zamawiający, będący w toku badania i oceny ofert, prowadził korespondencję z uczestnikami postępowania, m.in. w celu wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na skutek tej korespondencji Zamawiający odtajnił wykaz usług wraz z dokumentami go potwierdzającymi, załączony do oferty Przystępującego (zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 11 sierpnia br., w aktach sprawy).

4. Odwołujący we własnej ofercie również zastrzegł wykaz osób i sprzętu jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zarzut niesłusznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie okazał się zasadny, skoro Zamawiający odtajnił te dokumenty. Okoliczność, że stało się to po wniesieniu odwołania, a dzień przed otwarciem rozprawy nie ma znaczenia dla badania możliwości uwzględnienia odwołania pod kątem przepisu art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych – efektem czynności podejmowanych przez Zamawiającego jest odtajnienie wykazu usług Przystępującego i dokumentów go potwierdzających, zatem uwzględnienie odwołania w tym zakresie nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Niewątpliwie przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych jest pewną dolegliwością dla wykonawców, podnoszących słuszne zarzuty, jednak przesądza, że Izba nie może uwzględnić odwołania, jeżeli nie mogłoby to mieć wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący twierdził na rozprawie, że o fakcie, że wykaz usług został przez Zamawiającego ujawniony nie miał żadnych informacji (Zamawiający przekazał mu pismo w tej sprawie dzień przed rozprawą, faksem, o godzinie 17.31), a ta właśnie okoliczność zadecydowała o wniesieniu odwołania. Odwołujący jednak dowiedział o piśmie Zamawiającego nie później, niż w trakcie posiedzenia, a więc – jeżeli okoliczność utajnienia wykazu usług i potwierdzających go dokumentów była dla niego najbardziej istotna, mógł wycofać odwołanie, zachowując 90% wpisu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego utajnienia wykazu osób i wykazu sprzętu oraz licencji, Izba stwierdziła, że dokumenty te zostały zasadnie opatrzone klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie tylko Przystępujący zastrzegł wskazane dokumenty jako tajne, ale Odwołujący również.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jest wykonanie Platformy Wymiany Dokumentów i Systemu Wymiany Dokumentów. Platforma ma docelowo udostępniać usługi e-administracji przedsiębiorcom w sektorze ochrony zdrowia. Ponadto w skład Platformy ma wejść archiwum elektroniczne, które umożliwi przechowywanie i długoterminową archiwizację dokumentów w postaci elektronicznej. Opis przedmiotu zamówienia zawierał zestaw wymagań funkcjonalnych i нефункциональных, które musi

spełniać system będący przedmiotem zamówienia. Wykonawca w ramach realizacji zamówienia zobowiązany będzie dostarczyć system spełniający wymienione w dokumencie wymagania oraz wszystkie jego niezbędne do poprawnego działania komponenty sprzętowe i programowe.

A zatem Izba stwierdziła, że przedmiotem zamówienia nie jest wyłącznie dostawa sprzętu o określonych parametrach – wykonawca musi stworzyć system, a dostarczony sprzęt i jego konfiguracja może przesądzać o jego kształcie. W takim wypadku, chociaż sprzęt i licencje mogą być standardowe, ich zestawienie (wykaz z oferty Przystępującego) może wskazywać na konkretne rozwiązania, szczególnie wybór danego wykonawcy co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Już samo porównanie wykazu sprzętu i licencji z oferty Odwołującego i Przystępującego pozwala wysnuć przypuszczenie, że zaproponowali oni inne rozwiązania systemowe. W tym przypadku dokument zawierający wykaz sprzętu i licencji zasługuje na ochronę jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podobnie, co do wykazu osób, Izba uznała, że ze względu na specyfikę postępowania, zasadnie został on opatrzony klauzulą tajności.

Do oferty należało załączyć „Wykaz osób, którymi będzie dysponował wykonawca do realizacji zamówienia”, zgodnie z wzorem załączonym przez Zamawiającego do SIWZ.

Wykonawca, składając wykaz, oświadczał, że „do realizacji zamówienia będzie dysponował lub dysponuje osobami, które posiadają (...) kwalifikacje i doświadczenie zawodowe wymienione w tabeli”. Tabela zawierała kolumny: „Rola w projekcie”, „Wymagania”, „Liczba osób”, „Spełnia wymagania TAK lub NIE (określić spełnianie wymagań)”, „Imię i nazwisko oraz Informacja o podstawie do dysponowania osobami (np. umowa o pracę, umowa o dzieło, umowa-zlecenie)”.

Pierwsze trzy kolumny tabeli w wykazie Przystępującego były przepisaniem odpowiednich kolumn ze wzoru załączonego do SIWZ, jednak dwie ostatnie zawierały dane wrażliwe: skonkretyzowanie posiadanego doświadczenia i certyfikatów (które w gronie osób posiadających wysokie i rzadkie kwalifikacje może umożliwić ich identyfikację) oraz imiona i nazwiska osób przewidzianych do realizacji zamówienia.

Izba uznała, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych zawartych w kolumnie czwartej i piątej tabeli było uzasadnione, a więc Zamawiający słusznie nie ujawniał całego wykazu (ujawnienie pierwszych trzech kolumn nie byłoby celowe). Dane osób posiadających bardzo wysokie kwalifikacje zasługują na ochronę choćby z tego

powodu, że inni wykonawcy, funkcjonujący na rynku relewantnym, mogą dane te wykorzystać do pozyskania pracowników dla siebie. Zatem opatrzenie wykazu osób klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne, co zresztą potwierdza analogiczna czynność Odwołującego w stosunku do danych zawartych we własnej ofercie (tak samo, jak w co do wykazu sprzętu i licencji).

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że w odniesieniu do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób i sprzętu nie doszło do naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w związku z art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, a w odniesieniu do wykazu usług – naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Zamawiający w toku rozprawy złożył fakturę na kwotę 4 428 zł, za reprezentowanie przed Izbą w obu sprawach odwoławczych sygn. akt KIO 1615/11 i KIO 1644/11 (połączonych do łącznego rozpatrzenia zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej). Ponieważ sprawa sygn. akt KIO 1644/11 została zakończona wydaniem postanowienia po przeprowadzeniu posiedzenia, podczas którego Zamawiający żadnego rachunku nie złożył, za uzasadnione koszty w sprawie KIO 1615/11 Izba uznała kwotę 1800 zł, tj. połowę maksymalnego wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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).

Przewodniczący:

.....