

WYROK
z dnia 8 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca i 2 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, SYSTEMY INFORMATYCZNE ALMA z siedzibą w Poznaniu, Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Województwo Wielkopolskie, przy udziale wykonawcy – CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. odtajnienie zastrzeżonych przez wykonawcę CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa:
 - 1.2.1. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia z zastrzeżeniem, że niejawnie pozostają ich imiona i nazwiska,
 - 1.2.2. wykazu głównych dostaw/usług w zakresie zamówień wskazanych w poz. 5, 6, 9 wraz z dokumentami stanowiącymi poświadczenia ich należytego wykonania,
 - 1.2.3. zobowiązań innych podmiotów do oddania do dyspozycji Przystępującego zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia wraz z załącznikami, z zastrzeżeniem, że niejawnie pozostają wskazane w treści zobowiązań imiona i nazwiska osób udostępnionych Przystępującemu, informacje o zrealizowanych zamówieniach w zakresie innym niż wskazany w pkt 1.2.2 sentencji orzeczenia oraz informacje o udostępnieniu Przystępującemu potencjału innego niż wiedza i doświadczenie oraz potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia i jego formach.
 - 1.2.4. oświadczenia o zakresie podwykonawstwa (załącznik D do formularza oferty),

- 1.2.5. oświadczenia o korzystaniu z zasobów podmiotów trzecich (załącznik E do formularza oferty),
- 1.2.6. korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie w jakim dotyczy ona informacji wskazanych w pkt 1.2.1 – 1.2.5 sentencji orzeczenia.
- 1.3. powtórzenie badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. oddać odwołanie w pozostałym zakresie.
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Województwo Wielkopolskie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, SYSTEMY INFORMATYCZNE ALMA z siedzibą w Poznaniu, Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego – Województwa Wielkopolskiego na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, SYSTEMY INFORMATYCZNE ALMA z siedzibą w Poznaniu, Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Województwo Wielkopolskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części, którego przedmiotem jest dostawa, rozmieszczenie i zainstalowanie infrastruktury przetwarzania danych z budową, konfiguracją i wdrożeniem usług elektronicznych w ramach projektu „Usługi elektroniczne służące zarządzaniu na poziomie wojewódzkim skierowane do podmiotów leczniczych podległych Sejmikowi Województwo Wielkopolskiego” oraz dostawa, konfiguracja i wdrożenie modułów/bloków funkcjonalnych oprogramowania aplikacyjnego dla części medycznej oraz interfejsu wymiany danych dla wytwarzania usług elektronicznych w ramach projektu „Usługi elektroniczne służące zarządzaniu na poziomie wojewódzkim skierowane do podmiotów leczniczych podległych Sejmikowi Województwa Wielkopolskiego” (znak sprawy: DZ-1.272.22.2014), zwane dalej: „Postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lutego 2015 r. pod numerem 2015/S 032-053827.

W dniu 29 maja 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia, za którą uznana została oferta wykonawcy CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca CA”).

W dniu 8 czerwca 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, SYSTEMY INFORMATYCZNE ALMA z siedzibą w Poznaniu, ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, przez zaniechanie ujawnienia całości oferty złożonej przez Wykonawcę CA oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy nim, a Zamawiającym po dniu otwarcia ofert, mimo iż zastrzeżone przez ww. informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca ten nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy CA z udziału w Postępowaniu pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał

spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,

ewentualnie:

3. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy CA do uzupełnienia/złożenia wyjaśnień dotyczących spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów Pzp) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy CA jako oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
3. ujawnienia wykazu wykonanych dostaw/usług, wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, informacji z banku, certyfikatu ubezpieczeniowego, zobowiązania do udostępnienia zasobów o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp, oświadczenia z art. 24 ust. 2b Pzp podmiotów na których zasobach polega wykonawca, specyfikacji techniczno-funkcjonalnej oferowanego rozwiązania, wykazu ilościowego sprzętu, opisu oferowanego rozwiązania, oświadczenia o nazwach, rodzajach i ilości oferowanych licencji, załączników A, B, C, D, E do formularza ofertowego oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą CA po dniu otwarcia ofert,
4. wykluczenie Wykonawcy CA z udziału w Postępowaniu, ewentualnie wezwanie do złożenia wyjaśnień lub uzupełniania dokumentów,
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę, która została zakwalifikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego Wykonawca CA zostałaby wykluczony z Postępowania, a za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego. Ponadto, objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia.

I. Tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący podał, że w odpowiedzi na wniosek o umożliwienie wglądu do ofert złożonych w Postępowaniu Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2015 r. udostępnił Odwołującemu oferty, ale jedynie w części jawnej. W dniu 29 kwietnia 2015 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem, czy Zamawiający zakończył procedurę badania ofert oraz z wnioskiem o udostępnienie odtajnionych części ofert. Wobec braku odpowiedzi ze strony Zamawiającego Odwołujący w dniu 4 maja 2015 r. wniósł odwołanie, w którym zakwestionował zasadność zastrzeżenia przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechanie ich ujawnienia przez Zamawiającego. Po dniu wniesienia odwołania Odwołujący wielokrotnie zwracał się do Zamawiającego z pytaniem czy zakończył badanie zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie Wykonawcy CA jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Na żadne ze skierowanych w korespondencji elektronicznej zapytań Zamawiający nie udzielił odpowiedzi. Zamawiający nie udzielił jej również w przekazanym Odwołującemu piśmie z dnia 13 maja 2015 r. (pismo przewodnie do dokumentacji postępowania przekazanej Prezesowi Izby). Wobec braku odpowiedzi, przyjmując, iż Zamawiający nie zakończył jeszcze badania zasadności zastrzeżenia Odwołujący cofnął odwołanie w dniu 15 maja 2015 r.

Następnie wskazał, że w dniu 29 maja 2015 r. otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej oznacza, że Zamawiający z pewnością zakończył badanie zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie Wykonawcy CA jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tego samego dnia Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie protokołu z badania ofert oraz wszelkiej korespondencji z wybranym wykonawcą. W dniu 2 czerwca 2015 r. Zamawiający w załączeniu do korespondencji e-mail przekazał Odwołującemu część protokołu Postępowania oraz wyjaśnił, że „[...]z uwagi na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający nie może ujawnić, ani tym bardziej przesłać wnioskowanej korespondencji z CA Consulting S.A. (wezwanie Zamawiającego oraz wyjaśnienie Wykonawcy CA Consulting S.A.)[...]”. Odwołujący podkreślił, że w związku z tym, iż kwestionuje zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie Wykonawcy CA oraz w korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym, a tym wykonawcą po dniu otwarcia ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechanie ich ujawnienia przez Zamawiającego, konieczne stało się wniesienie przedmiotowego odwołania.

Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 Pzp, wykonawca chcący zastrzec jawności zawartych w ofercie informacji stanowiących dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest zastrzec, nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być one

udostępniane i wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W myśl art. 11 pkt 4 Znk 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 przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zdaniem Odwołującego nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. Jako szczególny przypadek takiego działania, zmierzającego przede wszystkim do utrudnienia innym wykonawcom skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego, jest utajnienie samego uzasadnienia, czy też wyjaśnień dołączonych do oferty w celu wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, mimo iż one same nie zawierają lub zawierają w stopniu znikomym, jakiegokolwiek informacje, które mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zważywszy, iż takie uzasadnienie dotyczące informacji zastrzeżonych w Postępowaniu zupełnie lub też w znikomym stopniu ujawnia jakiegokolwiek informacje ujawnione w zastrzeżonej części dokumentacji, nie sposób uznać za zasadne zaniechania ich ujawnienia. Zważyć należy, że w sytuacji, w której wykonawca zastrzega jawność całej treści przedmiotowego uzasadnienia, konieczne jest również wykazanie, iż cała ich treść również spełnia wszystkie z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 Znk. Nie jest bowiem, w ocenie Odwołującego, możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko ze względu na to,

iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje – słowa/wyrażenia – które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp.

Uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 Znk. Nie jest wystarczające przy tym jedynie twierdzenie wykonawcy, iż informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę.

Odwołujący podkreślił, że niezależnie od kwestionowania skuteczności wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia nie może ono być skuteczne w zakresie w jakim obejmuje:

- a) informacje wskazywane w wykazie wykonanych dostaw i usług oraz dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie, a dotyczące zamówień realizowanych na rzecz podmiotów publicznych lub innych zobowiązanych do stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej; takie informacje, jako podlegające udostępnieniu na wniosek jakiegokolwiek podmiotu, nie posiadają przymiotu poufności i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa; zasada ta dotyczy jakichkolwiek umów zawieranych z podmiotami zobowiązanymi do stosowania wyżej wskazanej ustawy, a więc nie tylko tych, podlegających regulacjom Pzp; wykonawca dokonujący zastrzeżenia jawności informacji związanych z tego rodzaju zamówieniami nie ma zatem możliwości obiektywnego wykazania zaistnienia w stosunku do nich wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 Znk; poza tym, przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa nie spełniają również automatycznie zamówienia wykonywane dla podmiotów prywatnych, gdyż w stosunku do takich usług również konieczne jest wykazanie zasadności uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa; w szczególności Odwołujący nie znalazł okoliczności uprawniających Wykonawcę CA do utajnienia dokumentu potwierdzającego realizację dostawy wymaganej w SIWZ w punkcie V.Cz2.p.2)f, jeżeli w związku z wymogiem objęcia dostawą podmiotu o profilu psychiatrycznym, ów dokument nie mógł zostać wystawiony przez inny podmiot niż publiczny (organem założycielskim podmiotów leczniczych o takim profilu może być tylko Samorząd Województwa),
- b) informacje zawarte w wykazie osób – w zakresie wykazu osób do informacji nie podlegających zastrzeżeniu mogą należeć w szczególności informacje dotyczące kwalifikacji i doświadczenia osób (wymóg zawarty w SIWZ), zajmowanych przez nich stanowisk i ilości „zaoferowanych” osób na poszczególne stanowiska; każdorazowo badaniu powinna też podlegać zasadność zastrzeżenia imion i nazwisk,

- jak również podstaw dysponowania daną osobą, bowiem mogą występować okoliczności, w których fakt dysponowania daną osobą przez wykonawcę został ujawniony do publicznej wiadomości (a zatem nie spełnia ustawowych przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa), np. w sytuacji wskazania wykazu osób w jawnych umowach o zamówienie publiczne zawartych przez danego wykonawcę,
- c) informacje o sytuacji ekonomicznej i finansowej, której stanowią wyłącznie potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu i nie ujawniają informacji posiadających istotną wartość gospodarczą, których ujawnienie może narażać wykonawcę na poniesienie szkody;
 - d) informacje dotyczące zakresu zlecanego podwykonawcy (oraz nazwy i adresu podwykonawcy), gdyż brak podstaw dla uznania ich wartości gospodarczej, a ponadto, podlegają one ujawnieniu na etapie realizacji umowy;
 - e) informacje nie zastrzeżone skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w innych postępowaniach, w tym w tych poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego; nawet jednorazowe udostępnienie danej informacji w innym postępowaniu powoduje, że staje się ona dostępna dla innych podmiotów, a zatem nie spełnia jednej z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 Znk; należy mieć to szczególnie na uwadze, np. w przypadku zamówień realizowanych dla podmiotów prywatnych oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (polisa OC, informacja z banku), które mogły zostać udostępnione przez wykonawcę w innym postępowaniu;
 - f) informacje zawarte w dokumentach składanych w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego; zdaniem Odwołującego nie mamy tutaj do czynienia z *know-how* wykonawcy, gdyż w opisie przedmiotu zamówienia wskazano co oferowane rozwiązanie ma zapewniać, opis takiego rozwiązania nie zawiera żadnych innowacyjnych rozwiązań technologicznych, których ujawnienie mogłyby grozić przedsiębiorcy poniesieniem szkody, czy też zaburzeniem równowagi konkurencyjnej; zdaniem Odwołującego szkody uzasadniającej zastrzeżenie informacji na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp nie można upatrywać w poddaniu opisanego rozwiązania weryfikacji innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu; dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, nie zawierają zatem jako takie, żadnych informacji, które można zasadnie uznać za posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą;
 - g) informacje wymagane oświadczeniami „[...]o nazwie, rodzaju i liczbie licencji na oprogramowanie aplikacyjne wymienione w załączniku nr 16,18,19[...]”, podczas gdy nie istnieją przesłanki do objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa;

informacje te i tak bowiem w toku realizacji dostaw staną się ogólnie dostępne, ponieważ bezsprzecznie będą musiały się znaleźć na przedmiotowych protokołach odbioru, które zgodnie z powszechną doktryną orzecniczą są jawne;

- h) treść wezwań do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień w zakresie w jakim obejmują one informacje, które nie mogą zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa; praktyka zastrzegania całej treści wezwania oraz odpowiedzi na wezwanie jest nieuzasadniona, ponieważ zastrzeżeniu podlega nie cały dokument, a informacja; utajnienie przez Zamawiającego całości przedmiotowych dokumentów spowodowało, że ochroną jako tajemnica objęte zostały również takie informacje znajdujące się w jego treści jak: data wezwania, nazwa Postępowania, ewentualnie przytoczone przez Zamawiającego warunki udziału w nim; ponadto w ramach składanych wyjaśnień lub uzupełnionych dokumentów wykonawca powinien szczegółowo uzasadnić podstawę zastrzeżenia informacji w nich zawartych jako tajemnica przedsiębiorstwa; jeżeli takiego wyjaśnienia brak to nie sposób uznać, że dane informacje zostały skutecznie objęte ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa.

II. Wiedza i doświadczenie

W celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia na część 2 zamówienia, Zamawiający wymagał wykazania się m.in. wykonaniem (rozdział V pkt 2 lit f) SIWZ), tu cytat:

„[...]”

minimum jedna budowa lub dostawa (z instalacją i konfiguracją) oraz wdrożenie wytwarzania i udostępniania usług elektronicznych wytwarzanych lokalnie w podmiotach leczniczych oraz integrowanych dla grupy podmiotów leczniczych liczącej nie mniej niż 10., w której znajdowały się min.: 1 podmiot leczniczy wielospecjalistycznym, 1 podmiot leczniczy o profilu rehabilitacyjnym lub posiadający oddział rehabilitacyjny i 1 podmiot o profilu psychiatrycznym, o wartości min. 4 000 000,00 zł brutto i spełniająca wymagania:

- wytwarzanie i udostępnianie usług elektronicznych obejmujące min.:
 - Elektroniczną Dokumentacją Medyczną;
 - statystykę wykonania świadczeń medycznych;
 - rejestr zdarzeń medycznych;
 - integrację z portalem informacyjnym pacjenta;
- realizacja usług elektronicznych wykorzystującą min.:
 - wymianę danych i współdziałanie usług elektronicznych między podmiotami leczniczymi;

- wytwarzanie dokumentów medycznych i dokumentacji medycznej w standardzie HL7CDA min. Release 2 lub równoważnym;
- jednolity interfejs udostępniania danych przez podmioty lecznicze dla wymiany danych i współdziałania usług elektronicznych między podmiotami leczniczymi;
- jednolity mechanizm uwierzytelniania i autoryzacji dostępu do usług elektronicznych w podmiotach leczniczych i współdziałających między podmiotami leczniczymi;
- jednolity mechanizm obsługi udzielania zgody na przetwarzanie danych osobowych i zgód na dostęp do dokumentacji medycznej;
- interfejs użytkowy integrowanych usług elektronicznych na poziomie funkcjonalnym dostępny przez przeglądarkę WWW i udostępniany przez podmioty lecznicze lub udostępniany dla grupy tych podmiotów;
- repozytoria dokumentów medycznych i dokumentacji medycznej w jednej z architektur:
 - realizowane lokalnie w podmiotach leczniczych z integracją między tymi podmiotami wzajemną wymianą danych (dane, metadane);
 - realizowane nielokalnie dla grupy podmiotów leczniczych integrujące dane z poszczególnych podmiotów leczniczych (dane, metadane);
 - realizowane lokalnie dla podmiotów leczniczych (dane, metadane) i nielokalnie dla grupy podmiotów leczniczych z integracją między tymi podmiotami wzajemną wymianą danych (metadane) i kopią zapasową (dane) dla zapewnienia dostępu do danych w przypadku jego braku w podmiotach leczniczych lub dla zwiększenia efektywności do danych w przypadku degradacji efektywności kanałów łączności z podmiotami leczniczymi;
- repozytoria dokumentów medycznych i dokumentacji medycznej umożliwiające:
 - gromadzenie, przechowywanie i udostępnianie plików w dowolnych formatach np. tekstowym (np. .txt), dokumentu (np. .pdf, .docx, .xlsx), strukturalizowanym (np. .xml), graficznym (np. .jpg, .png, .tif), dźwiękowym (np. .wav, .wma, .aiff, .mp3, .ra, .ogg), wideo (np. .flv, .dv, .avi, .asf, .rotpg, .mov, .ogg, .wmv, .mkv, .mp4);
 - wytwarzanie metadanych opisujących gromadzone dokumenty;
- dostęp pacjentów do ich indywidualnych dokumentów medycznych lub indywidualnej zewnętrznej dokumentacji medycznej lub rejestru świadczeń medycznych oferowanych za pośrednictwem portalu informacyjnego pacjenta realizowany lokalnie w podmiotach leczniczych lub nielokalnie dla grupy podmiotów leczniczych, lub równolegle lokalnie i nielokalnie;
- zbiór narzędzi programowych umożliwiających monitorowanie i wizualizację pracy usług elektronicznych (min, zdarzenia w czasie rzeczywistym,

- zdarzenia planowane, dynamika zdarzeń) oraz ich dokumentowanie (dzienniki pracy usług elektronicznych);
- interfejs menadżerski integrowanych usług elektronicznych na poziomie funkcjonalnym (zdalny klient) i ew. aplikacyjnym (funkcje lub grupy funkcji jako poszczególne aplikacje):
 - umożliwiający kompozycję raportów, wykazów/zestawień i wskaźników funkcjonowania as/ag elektronicznych;
 - umożliwiający zapis raportów, wykazów/zestawień i wartości/wizualizacji wskaźników funkcjonowania usług elektronicznych w plikach elektronicznych formatu np. tekstowego (.txt), arkusza kalkulacyjnego (.xlsx), dokumentu (.docx, .pdf, .xml), grafiki (.png, jpg);
 - umożliwiający korzystanie z różnych źródeł danych np. pliki elektroniczne, bazy danych i procedury zanurzone w bazach danych, usługi sieciowe, oprogramowanie aplikacyjne, itp.;
 - dostępny za pomocą przeglądarki www.

[...].

Zamówienie którego realizacją należy się wykazać na potwierdzenie przytoczonego powyżej warunku jest bardzo skomplikowane i specyficzne, co powoduje, że zarówno na rynku polskim jak i europejskim usług które spełniałyby wszystkie wskazane powyżej kryteria jest niewielka ilość. Z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika, że na rynku polskim zostały zrealizowane lub są nadal realizowane dwa zamówienia które spełniają te kryteria. Jedno z nich zostało podane w ofercie Odwołującego. Drugim z projektów realizowanym na terenie polski którego zakres jest zbliżony do tego wymaganego przez Zamawiającego jest zamówienie realizowane przez Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie w ramach projektu „Podlaski System Informacyjny e-Zdrowie” prowadzonego przez Województwo Podlaskie. Comarch S.A. należy do Grupy Kapitałowej Comarch do której należy również Wykonawca CA, a jak wynika z odpisu KRS dla ww., Comarch S.A. jest jego jedynym akcjonariuszem. Z przeprowadzonej przez Odwołującego analizy rynku wynika, że Wykonawca CA nie realizował zamówienia o zbliżonym zakresie do tego wymaganego przez Zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę, należy domniemywać, że Wykonawca CA w celu wykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu wykazało usługę udostępnioną przez spółkę z grupy kapitałowej, tj. Comarch S.A.

Zamówienie realizowane przez Comarch S.A. nie potwierdza jednak spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonych dla części 2 zamówienia w rozdziale V pkt 2 lit 2 f) SIWZ. Podkreślenia dokonane w przywołanym powyżej warunku obrazują elementy których nie obejmował projekt „Podlaski System Informacyjny e-Zdrowie” lub co prawda obejmował ale zostały one wykonane w dużo mniejszym zakresie niż wymagał tego Zamawiający. Skoro projekt „Podlaski System informacyjny e- Zdrowie” nie obejmował wszystkich wymaganych

przez Zamawiającego elementów to nie potwierdza on spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Co więcej, z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że zakres projektu który w części pokrywa się z zakresem wymaganym przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie został jeszcze zakończony i odebrany. Tym samym, wykonawca nie mógł wykazać, że projekt został należyty wykonany nie później niż na dzień w którym upływał termin składania ofert.

Biorąc pod uwagę, że wykonawca musiał przedłożyć wraz z ofertą dokument potwierdzający wykonanie zamówienia, a z uwagi na fakt, że domniemywany projekt nie został jeszcze odebrany przez Zamawiającego, nie mógł takiego dokumentu uzyskać od Zamawiającego, można przypuszczać, że skorzystał z oświadczenia wykonawcy, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Przedstawienie oświadczenia wykonawcy jest dopuszczalne jedynie jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Za taką uzasadnioną przyczynę o obiektywnym charakterze nie można uznać okoliczności, że Zamawiający nie dokonał jeszcze odbioru zamówienia. Tym samym, ewentualne oświadczenie wykonawcy złożone w takich okolicznościach nie może zostać uznane za dowód potwierdzający należyte wykonanie zamówienia.

Ponadto Odwołujący zauważył, że jeżeli Wykonawca CA wskazał projekt „Podlaski System Informatyczny e-Zdrowie” w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, to brak jest podstaw do objęcia informacji go dotyczących ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Projekt został zrealizowany dla instytucji publicznej, a wykonawca go realizujący został wybrany w ramach postępowania prowadzonego w trybie Pzp, zatem informacje o nim są powszechnie dostępne. Projekt ten nie może zostać objętych ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa również z uwagi na fakt współpracy pomiędzy Wykonawcą CA a Comarch. Fakt współpracy pomiędzy tymi podmiotami i istniejąca pomiędzy nimi relacja handlowa są znane innym podmiotom i każdy może je uzyskać chociażby ze strony internetowej Comarch. Na stronie internetowej Comarch znajduje się opis Grupy Kapitałowej Comarch i podmiotów stowarzyszonych, w którym podano informację o przynależności do niej m.in. Wykonawcy CA (<http://www.comarch.pl/o-firmie/grupa-kapitalowa-i-spolki-stowarzyszone/>).

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego, nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że nie zostały w tym przypadku spełnione przesłanki określone w art. 11 ust. 4 Znk, a zatem brak było podstaw do odmowy udostępnienia Odwołującemu tej informacji.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu części oferty Wykonawcy CA stwierdzając, że został on podniesiony po upływie ustawowego terminu. Zwrócił uwagę, że Odwołujący powziął wiadomość o wspomnianym rzekomym zaniechaniu w dniu 24 kwietnia 2015 r., kiedy to przedstawicielowi

Odwołującego odmówiono wglądu w pełną treść konkurenta. Podkreślił, że Odwołujący wniósł wówczas odwołanie (4 maja 2015 r.), które następnie cofnął (15 maja 2015 r.), wskutek czego postępowanie odwoławcze zostało umorzone (postanowienie Izby z dnia 15 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 919/15).

Ponadto Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie spełnia przesłanek materialnoprawnych z art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem nie ma on dodatkowych środków finansowych na udzielenie mu przedmiotowego zamówienia. Na potwierdzenie tej okoliczności wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczenia Zarządu Województwa Wielkopolskiego z dnia 12 maja 2015 r. (dowód nr 1).

Zamawiający oświadczył również, że nie może odnieść się szczegółowo do argumentacji zawartej w treści odwołania z uwagi na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca CA.

W piśmie procesowym z dnia 22 czerwca 2015 r. zawarł wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, przytaczając na uzasadnienie następujące powody.

Wykonawca CA zauważył, że – jak wynika z załączonego do odwołania pełnomocnictwa udzielonego liderowi odwołującego się konsorcjum (COMP S.A.) przez jednego z jego członków (Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o.) – udzielone zostało ono w sposób uznany przez Sąd Najwyższy (SN) za nieważny (uchwała z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. akt: III CZP 34/14). Stwierdził, że kwestionowanego umocowania udzielił prokurent i członek zarządu konsorcjanta, przy czym z dokumentów rejestrowych wynika, że prokurentowi udzielono prokury łącznej z członkiem zarządu (tzw. prokura łączna niewłaściwa), co zostało zakwestionowane we wspomnianej uchwale. Wykonawca CA podkreślił, że – zgodnie z uzasadnieniem wspomnianej uchwały – ma ona obowiązywać na przyszłość, wobec czego – ze względu na datę udzielenia zakwestionowanego pełnomocnictwa (4 maja 2015 r.) – jest ono nieważne. Do pisma procesowego załączone zostały odpisy z KRS załączone przez Odwołującego do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 919/15 oraz kopia uchwały SN, na której Wykonawca CA zbudował argumentację uzasadniającą wniosek o odrzucenie odwołania.

Ponadto Wykonawca CA zakwestionował zasadność zarzutów odwołania wnosząc o jego oddalenie.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący nieuprawnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołał się do złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, a ponadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczeń podmiotów, które udostępniły mu potencjał celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz z którymi będzie

współpracował przy realizacji zamówienia, na okoliczność prawidłowości dokonanego zastrzeżenia fragmentów treści oferty (dowód nr 2).

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełniania warunku udziału w Postępowaniu Wykonawca CA wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści: (1) pisma Comarch Polska S.A. z dnia 15 stycznia 2014 r. dotyczącego wyrażenia zgody na realizację umowy nr PN/18/11/12013 r. z dnia 27 listopada 2013 r. obejmującej projekt pn.: Podlaski System Informatyczny e-Zdrowie przy udziale podwykonawców (dowód nr 3), (2) umowy nr CA/2499/U/2013 z dnia 2 grudnia 2013 r. zawartej pomiędzy Comarch Polska S.A., a Comarch S.A. obejmującej realizację systemu informatycznego dla projektu pn.: Podlaski System Informatyczny e-Zdrowie (tzw. umowa podwykonawcza) wraz z załącznikiem – specyfikacją cenowo-ilościową oraz aneksem nr 1 i 2 z dnia 2 grudnia 2013 r. (dowód nr 4), (3) oświadczenia Zastępcy Dyrektora Departamentu Społeczeństwa Informatycznego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego z dnia 22 czerwca 2015 r. (dowód nr 5) oraz (4) faktur VAT nr: 10616-12-14-KR z dnia 12 stycznia 2015 r., 01727-03-14-KR z dnia 27 marca 2014 r. i 07754-09-14-KR z dnia 7 października 2014 r. wraz z potwierdzeniami przelewów (dowód nr 6) – na okoliczność spełniania przez zamówienie referencyjne wymagań postawionych w treści warunku udziału w Postępowaniu oraz terminów i zakresu jego realizacji.

W dniu 24 czerwca 2015 r. Odwołujący – w oparciu o przepis art. 191 ust. 3 Pzp – złożył wniosek o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy wskazując, że po jej zamknięciu ujawniły się okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia o zarzucie związanym z warunkiem udziału w Postępowaniu.

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści: (1) pisma Dyrektora Departamentu Społeczeństwa Informatycznego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego z dnia 23 czerwca 2015 r. (dowód nr 7), (2) wyciągu z umowy nr PN/18/11/2013 z dnia 27 listopada 2013 r. na dostarczenie i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego dla projektu pn.: Podlaski System Informatyczny e-Zdrowie, zawartej pomiędzy Województwem Podlaskim a Comarch Polska S.A. (dowód nr 8), (3) protokołu odbioru systemów w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Podlaskiego z dnia 18 maja 2015 r. do umowy nr PN/18/11/2013 z dnia 27 listopada 2013 r. (dowód nr 9), (4) protokołu odbioru końcowego sporządzonego w dniu 22 maja 2015 r. do umowy nr PN/18/11/2013 z dnia 27 listopada 2013 r. (dowód nr 10) – na okoliczność niewykonania zamówienia referencyjnego przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu.

Zamawiający – pismem z dnia 30 czerwca 2015 r. – wniósł o oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez Odwołującego przy piśmie z dnia 24 czerwca 2015 r., jako że nie dotyczyły one zamówienia ujętego przez Przystępującego w załączonym do oferty wykazie usług. Ponadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści załączonej do pisma

korrespondencji z Przystępującym (dowód nr 11), na okoliczność spełniania przez niego warunku udziału w Postępowaniu.

Ponownie podkreślił, że Przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia z uwagi na fakt, że Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia i już zdecydował, że nie zwiększy kwoty przeznaczonej na jego sfinansowanie do wysokości ceny z oferty Odwołującego. W nawiązaniu do dowodu nr 1 wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści obwieszczenia Sejmiku Województwa Wielkopolskiego z dnia 17 grudnia 2012 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Statutu Województwa Wielkopolskiego, uchwały nr I/3/14 Sejmiku Województwa Wielkopolskiego z dnia 1 grudnia 2014 r. w sprawie wyboru Marszałka Województwa Wielkopolskiego oraz uchwały nr I/4/14 Sejmiku Województwa Wielkopolskiego z dnia 1 grudnia 2014 r. w sprawie wyboru Wicemarszałków oraz Członków Zarządu Województwa Wielkopolskiego (dowód nr 12), na okoliczność prawidłowości umocowania osób, które złożyły oświadczenie stanowiące dowód nr 1.

Wykonawca CA w piśmie z dnia 1 lipca 2015 r. stwierdził, że brak było podstaw do otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy, ponieważ – po pierwsze – dokumenty, które Odwołujący załączył do wniosku w tym przedmiocie nie dotyczą jego oferty, po drugie zaś – okoliczności wskazane we wspomnianym wniosku nie są okolicznościami nowymi, które ujawniły się dopiero po zamknięciu rozprawy. Mają one potwierdzać fakty, które Odwołujący wskazał już w treści odwołania i omawiał na rozprawie.

Ponadto Wykonawca CA wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści: (1) protokołów odbioru w ramach umowy podwykonawczej – Etap II i Częściowy Etap III (dowód nr 13) – na okoliczność wykonania wymaganego treścią warunku udziału w Postępowania zakresu zamówienia referencyjnego przed upływem terminu składania ofert, oświadczenia Comarch Polska S.A. z dnia 1 lipca 2015 r. (dowód nr 14) – na okoliczność, że odebrany ww. protokołami zakres prac odpowiada treści warunku udziału w Postępowaniu, (3) załącznika nr 7 do umowy podwykonawczej (dowód nr 15) – na okoliczność tożsamości zakresów umowy głównej i podwykonawczej, w szczególności faktu, że w ramach wdrożenia pilotażowego (Etapu II umowy podwykonawczej) wykonano wdrożenie pilotażowe dla 3 podmiotów leczniczych, a w konsekwencji, w ramach Etapu II i części Etapu III, dokonano wdrożenia w 11 podmiotach leczniczych do dnia 23 grudnia 2014 r., (4) protokołu odbioru analizy w ramach PSIEZ (dowód nr 16) – na okoliczność potwierdzenia, że termin wdrożenia dla 11 podmiotów leczniczych z umowy głównej upływał w dniu 24 grudnia 2014 r., (5) protokołów odbioru sporządzonych z 11 podmiotami leczniczymi – użytkownikami końcowymi (dowód nr 17) – na okoliczność dokonania wdrożenia w 11 podmiotach leczniczych przed upływem terminu składania ofert, (6) umowy głównej wraz z aneksem nr 2 (dowód nr 18) – na okoliczność pierwotnego terminu wdrożenia z umowy głównej w 11 podmiotach leczniczych i zmian terminów z niej wynikających po przeprowadzonym wdrożeniu.

Na rozprawie strony i Wykonawca CA podtrzymały argumentację zawartą w zreferowanych pismach procesowych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w omówionych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę CA (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu nieuprawnionego nieodtajnienia pełnej treści oferty Przystępującego stwierdzając, że został on podniesiony w terminie.

Abstrahując od okoliczności, że *de lege lata* nie jest możliwe częściowe odrzucenie odwołania (patrz przepis art. 189 ust. 2 Pzp), skład orzekający uznał, iż w niniejszej sprawie, wobec braku ze strony Zamawiającego informacji o zakończeniu badania zasadności dokonanego przez Wykonawcę CA zastrzeżenia części treści oferty, Odwołujący nie miał możliwości, w zakresie wspomnianego zarzutu, wcześniejszego skutecznego skorzystania ze środka ochrony prawnej. Jakkolwiek brak jest po stronie zamawiającego obowiązku informowania wykonawców o zakończeniu wzmiankowanej czynności (będącej elementem badania danej oferty), wobec czego do wniesienia odwołania nie ma zastosowania termin, o którym mowa w przepisie art. 182 ust. 1 Pzp (dotyczy on czynności, o których zamawiający ma ustawowy obowiązek poinformować wykonawców), tym niemniej nie sposób twierdzić, że poinformowanie o udostępnieniu części oferty innego wykonawcy jest równoznaczne z uznaniem zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia i związaną z tym odmową udostępnienia pozostałej części oferty. Znajdujący zastosowanie w takim przypadku termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w przepisie art. 180 ust. 3 Pzp, w braku ze strony zamawiającego informacji o zakończeniu badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, rozpoczyna bieg z chwilą zawiadomienia wykonawcy o wyborze najkorzystniejszej oferty, ponieważ wówczas etap badania ofert (do którego należy również rozstrzygnięcie omawianej kwestii) ulega definitywnemu zakończeniu.

W konsekwencji Izba uznała, że termin na wniesienie odwołania w rozpoznawanej sprawie otworzył się z dniem 29 maja 2015 r. (data zawiadomienia Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty). Zapatrywania tego nie zmienia podkreślana przez Zamawiającego okoliczność wcześniejszego skorzystania przez Odwołującego ze środka ochrony prawnej na

zaniechanie odtajnienia treści oferty Przystępującego, który następnie został cofnięty (postępowanie odwoławcze prowadzone pod sygn. akt: KIO 919/15). Poleganie na przypuszczeniach odnośnie działań/zaniechań zamawiającego nie wypełnia przesłanki powzięcia (powinności powzięcia) wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Izba nie przychyliła się również do wniosku Wykonawcy CA o odrzucenie odwołania ze względu na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony uznając argumentację przytoczoną na jego poparcie za nietrafną.

Przystępujący – opierając się na uchwale składu siedmiu sędziów SN z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. akt: III CZP 34/14, stwierdzającej niedopuszczalność wpisu do rejestru przedsiębiorców w KRS jednego prokurenta z zastrzeżeniem, że nie może on działać tylko łącznie z członkiem zarządu – twierdził o nieważności jednego z pełnomocnictw udzielonych przez konsorcjanta liderowi odwołującego się konsorcjum, ponieważ dokument pełnomocnictwa został podpisany przez członka zarządu i prokurenta.

Zdaniem Izby Wykonawca CA pominął okoliczność, że obszernie cytowana przez niego uchwała SN nie rozstrzyga kwestii ważności czynności prawnych dokonywanych przez prokurenta działającego łącznie z członkiem zarządu, a jedynie przesądza sprawę niedopuszczalności wpisu tzw. prokury łącznej niewłaściwej, co wynika *expressis verbis* z sentencji uchwały.

Trzeba mieć również na względzie, że wspomniana uchwała nie ma mocy zasady prawnej, ponieważ – zgodnie z przepisem art. 61 § 6 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U.2002.240.2052 ze zm.) – uchwały pełnego składu SN, składu połączonych izb oraz składu całej izby z chwilą ich podjęcia uzyskują moc zasad prawnych, zaś w przypadku uchwały składu siedmiu sędziów nie ma ona *ex lege* takiej mocy, bowiem zależy to od stosownego postanowienia składu orzekającego.

Izba nie uwzględniła również stanowiska Odwołującego, który twierdził, że skoro Zamawiający – w przeciwieństwie do Wykonawcy CA – nie podjął merytorycznej polemiki z zarzutem dotyczącym niespełniania przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu, to pomiędzy czynnościami ww. zachodziła niedopuszczalna sprzeczność, o której mowa w przepisie art. 185 ust. 5 Pzp. Wspomniana regulacja dotyczy czynności i oświadczeń pozostających w sprzeczności, a zatem takich, które się wzajemnie wykluczają. Wniosku takiego nie można było wyciągnąć w oparciu o stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego, którzy konsekwentnie wnosili o oddalenie odwołania. Okoliczność, że Zamawiający, w odróżnieniu od Wykonawcy CA, nie przejawiał aktywnej postawy w toku rozprawy może być co najwyżej oceniana w płaszczyźnie wyników postępowania dowodowego.

Skład orzekający nie podzielił wreszcie zapatrywania Odwołującego, jakoby – ze względu na treść postanowienia Izby z dnia 25 czerwca 2015 r. – argumentacja przedstawiona przez

Przystępującego na rozprawie w dniu 2 lipca 2015 r. powinna zostać pominięta, jako spóźniona. Wykonawca CA wykonał bowiem zobowiązanie nałożone przez Izbę składając do akt postępowania odwoławczego pismo procesowe i formułując wnioski dowodowe, natomiast jego twierdzenia odnotowane w protokole z rozprawy stanowiły jedynie omówienie dowodów, o których dopuszczenie i przeprowadzenie Przystępujący wnosił.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Nie uwzględniono przeciwnej argumentacji Zamawiającego opartej na twierdzeniu, że nie jest on w stanie wygospodarować dodatkowych środków finansowych na ewentualne udzielenie przedmiotowego zamówienia Odwołującemu. Przyczyną takiego zapatrywania składu orzekającego nie jest nawet brak dowodów w tym zakresie (choć trzeba mieć na względzie, że nie jest wystarczające przedstawienie wyłącznie oświadczenia na tą okoliczność, nawet jeśli zostało ono złożone przez osoby uprawnione do jego reprezentacji – dowód nr 1 i 12), ile stwierdzenie, że stanowisko Zamawiającego jest na tym etapie Postępowania daleko idącą hipotezą. Należy mieć na względzie, że Izba nie nakazała wyboru oferty Odwołującego, nie wyeliminowała również wszystkich poza Odwołującym uczestników Postępowania, wobec czego założenie, że przy uwzględnieniu odwołania w niniejszej sprawie zajdzie konieczność wyboru oferty Odwołującego jest nieuprawnione. Odnosząc się natomiast do wskazywanego przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp nie sposób nie zauważyć, że oferta Odwołującego nie wpisuje się w hipotezę zawartą w tym przepisie normy, bowiem ani nie jest aktualnie ofertą najkorzystniejszą, ani ofertą z najniższą ceną. W konsekwencji Izba stoi na stanowisku, że okoliczność braku środków finansowych w odpowiedniej wysokości powinna być rozpatrywana przy wyborze najkorzystniejszej oferty, a nie na etapie postępowania odwoławczego, które do takiego wyboru nie prowadzi.

Tytułem wstępu do merytorycznego odniesienia się do zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący postawiony został w specyficznej sytuacji procesowej wynikającej zarówno z dotychczasowego przebiegu Postępowania, etapu, na którym się znajduje, jak i charakteru zarzutów podniesionych w odwołaniu. Okoliczność, że Odwołujący – jak wskazano – nie miał wcześniej wiedzy o zakończeniu procedury badania przez Zamawiającego zasadności zastrzeżeń określonych informacji w ofertach, a wiadomość o tym fakcie powziął wraz z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty implikowała konieczność zakwestionowania przez niego wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. podniesienia zarzutów w oparciu o stan faktyczny, co do którego nie miał pełnej wiedzy. Pamiętać bowiem należy, że sformułowanie na tym etapie Postępowania zarzutów dotyczących wyłącznie zaniechania odtajnienia pełnej treści oferty Wykonawcy CA nie mogłoby wprawdzie – z wyżej przytoczonych względów – skutkować odrzuceniem odwołania z uwagi na uchybienie terminowi na jego wniesienie, tym niemniej spowodować musiałoby jego

oddalenie z uwagi na niespełnianie przesłanek określonych przepisem art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołanie jest bowiem środkiem ochrony prawnej zmierzającym do uzyskania zamówienia publicznego przez podmiot korzystający z niego, czego nie można osiągnąć bez zakwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący sformułował dwie kategorie zarzutów – jedna z nich dotyczyła nieuprawnionego nieodtajnienia szeregu dokumentów załączonych do oferty Przystępującego, natomiast druga – niespełniania przez niego warunku udziału w Postępowaniu. Gdyby zarzuty były ze sobą powiązane w ten sposób, że dokumenty, które nie zostały udostępnione Odwołującemu dotyczyły wyłącznie warunku, którego niespełnianie zarzucono Wykonawcy CA, to oddalenie drugiego z zarzutów przesądzać musiałoby o oddaleniu całego odwołania. Nawet gdyby bowiem okazało się, że Zamawiający naruszył zasadę jawności Postępowania, to należałoby stwierdzić, że nie miało to (ani nie może mieć) wpływu na jego wynik, skoro dalej idący zarzut (dotyczący warunku udziału) nie potwierdził się. Odwołanie w niniejszej sprawie zostało jednak uwzględnione z uwagi na okoliczność, że Odwołujący domagał się odtajnienia dokumentów w zakresie szerszym niż wynikającym z zarzutu dotyczącego niespełniania warunku udziału w Postępowaniu.

I. Tajemnica przedsiębiorstwa

Zarzut zasługiwał na częściowe uwzględnienie.

Skład orzekający uznał, że nie wszystkie informacje objęte przez Przystępującego zastrzeżeniem zasługiwały na miano tajemnicy przedsiębiorstwa. Zakres dokonanego zastrzeżenia i argumenty za nim przemawiające nakierowane były, w ocenie Izby, nie tyle na ochronę interesów Wykonawcy CA, ile na utrudnienie konkurencji możliwości wglądu w treść jego oferty i podnoszenia zarzutów w postępowaniu odwoławczym. Za szczególny przejaw takiego działania Izba uznała utajnienie treści załączonego do oferty Przystępującego wyjaśnienia przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych elementów oferty, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Trzeba mieć na uwadze, że nieujawnianie informacji zawartych w treści oferty wykonawcy jest wyjątkiem od ogólnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp. Nie można zatem akceptować zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa szeregu dokumentów, jeżeli znajdują się w nich informacje różnej wagi, także nieposiadające tego przymiotu. Taka praktyka wykonawcy niesie dla niego ryzyko, że w razie ujawnienia tych dokumentów, zostaną również ujawnione informacje rzeczywiście zasługujące na ochronę. W konsekwencji rolą wykonawcy jest wyraźne wskazanie które informacje, i z jakich przyczyn, są nią objęte. Tymczasem Przystępujący, w odniesieniu do informacji, które Izba nakazała Zamawiającemu odtajnić, nie wskazał uzasadnionych powodów, dla których nie mogły zostać ujawnione.

Przechodząc do omówienia poszczególnych dokumentów, do których dostępu odmówiono Odwołującemu Izba stwierdziła, co następuje:

I.1. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

Izba uznała, że nie było właściwe utrzymywanie niejawnego charakteru samej treści wyjaśnień wskazujących na przyczyny zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jakkolwiek nie można *a limine* wykluczyć okoliczności, na którą zwracał uwagę Zamawiający, że takie wyjaśnienia mogą być nieodłącznie związane z zastrzeżonymi informacjami, tym niemniej – zdaniem składu orzekającego – opisana praktyka jest przez wykonawców nadużywana, czego przykładem jest przedmiotowa sprawa. Składane zamawiającym wyjaśnienia mające stanowić wypełnienie przesłanki znowelizowanego przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym konieczne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, niejednokrotnie przybierają postać teoretycznych wywodów dotyczących przepisu art. 11 ust. 4 Znk, popartych obszernym przeglądem stanowisk doktryny i orzecznictwa.

Przystępujący wskazywał, że w wyjaśnieniach znajdują się informacje dotyczące jego kontrahentów, które *nota bene* zostały przez niego ujawnione w toku rozprawy, a nadto informacje o sposobie jego organizacji w razie uzyskania zamówienia, których to Izba nie dopatrzyła się w treści tego dokumentu. Trzeba mieć również na względzie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach również muszą spełniać przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 4 Znk, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na przedsiębiorcy dokonującym ich zastrzeżenia. Co więcej, interpretując literalnie przepis art. 8 ust. 3 Pzp należałoby dojść do wniosku, że chcąc zastrzec także treść samych wyjaśnień, wykonawca powinien przedstawić do nich kolejne wyjaśnienie, czego Przystępujący nie uczynił.

Mając jednak na względzie okoliczność, że informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach nie stanowiły i nie mogą stanowić żadnego utrudnienia dla Odwołującego w kontekście formułowania ewentualnych dalszych zarzutów w stosunku do treści oferty Wykonawcy CA, Izba nie nakazała ich odtajnienia z uwagi na brak wpływu tego naruszenia na wynik Postępowania.

I.2. wykaz dostaw wraz z potwierdzeniami ich należytego wykonania

Izba uznała, że ujęte w ww. dokumencie, pod poz. 5, 6 i 9, usługi, zrealizowane na rzecz podmiotów publicznych oraz odnoszące się do nich poświadczenia, nie zasługują na ochronę. Pomijając okoliczność, że informacje te są upubliczniane Izba stwierdziła, że Przystępujący posłużył się argumentem, że ww. zamówienia zostały udostępnione mu przez podmioty trzecie. Takie stwierdzenie nie stanowi *per se* o konieczności utajnienia omawianych informacji, jako że korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego ma neutralny charakter (nie jest okolicznością wyróżniającą wykonawcę, która stanowić miałaby o jego przewadze nad innymi podmiotami),

bowiem każdy funkcjonujący w obrocie podmiot pozostaje w określonych relacjach biznesowych z innymi uczestnikami rynku.

Nie jest również argumentem przemawiającym za trafnością stanowiska Przystępującego fakt, że został on zobowiązany przez podmioty udostępniające mu zasoby do zachowania tej okoliczności w poufności, bowiem podmioty takie muszą mieć świadomość, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się, co do zasady, z jawnością treści ofert, a zatem z koniecznością upublicznienia takich informacji. Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy. Nie sposób wreszcie pominąć okoliczności, że Przystępujący ujawnił fakt współpracy z podmiotami udostępniającymi mu wiedzę i doświadczenie, składając na rozprawie dokumenty, które nie zostały właściwie zanonimizowane (dowód nr 2).

Odmienne natomiast ocenić należało informacje o pozostałych zamówieniach ujętych w wykazie. Nie zostało bowiem dowiedzione przez Odwołującego, że podmioty inne niż zobowiązane do wydatkowania środków w trybie przepisów Pzp mają obowiązek udostępniania informacji o zamówieniach, które zostały zrealizowane na ich rzecz. Niezależnie od powyższego skład orzekający uznał, że informacje o portfelu klientów spoza szeroko pojętego sektora publicznego oraz o zrealizowanych na ich rzecz zamówieniach (a tym samym – o nabytym w związku z ich realizacją doświadczeniu) posiadają wartość gospodarczą uzasadniającą ich ochronę.

W odniesieniu do zamówienia referencyjnego Izba wskazuje dodatkowo, że skoro zarzut dotyczący niespełniania warunku udziału w Postępowaniu podlegał rozpoznaniu i został oddalony, to ujawnienie informacji o zamówieniu referencyjnym pozbawione jest dla Odwołującego znaczenia.

I.3. wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia

Izba uznała, że nie było uzasadnione zastrzeżenie informacji o wykształceniu, kwalifikacjach, posiadanym doświadczeniu, czy podstawach dysponowania osobami ujętymi w wykazie, wobec czego nakazała Zamawiającemu odtajnienie tych informacji, z wyłączeniem imion i nazwisk osób, co jest wystarczającym środkiem przeciwdziałania przejęciu tych osób przez konkurencję. Ponadto, informacje, które podlegają ujawnieniu nie są na tyle unikalne, aby umożliwiły identyfikację personelu, przy pomocy którego Wykonawca CA zamierza zrealizować zamówienie.

Posługiwanie się argumentem, że osoby te – ze względu na posiadane kompetencje i nabyte doświadczenie (wpisujące się w treść warunku udziału w Postępowaniu) – stanowią dla Przystępującego cenny zasób, który musi być chroniony przed jego przejęciem nie uzasadnia

utajnienia pełnej treści wykazu. Także okoliczność, że osoby w nim wymienione zostały udostępnione przez inne podmioty nie stanowi przesłanki odmowy udostępnienia części informacji w nim zawartych, bowiem fakt współpracy Przystępującego z określonymi podmiotami trzecimi jest – jak wspomniano – nie tylko neutralny, ale również został ujawniony w toku rozprawy.

I.4. zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Przystępującego zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia wraz z załącznikami

Izba uznała, że sam fakt określonych powiązań gospodarczych jest – jak wskazano – co do zasady neutralny, a skoro w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wynikającym z przepisu art. 26 ust. 2b Pzp jest uprawnieniem każdego wykonawcy, to nie jest to okoliczność wyróżniająca jakiegokolwiek uczestnika takiego postępowania. Zauważyć należy również, że za utajnieniem omawianych informacji nie mogła przemawiać argumentacja, że Wykonawca CA przyjął na siebie zobowiązanie do zachowania faktu współpracy oraz danych identyfikujących podmiot z którym współpracuje w tajemnicy, ze względów opisanych w pkt I.2 uzasadnienia. Ponadto, w odniesieniu do drugiej kategorii informacji wspomnianych w zdaniu poprzedzającym Izba wzięła pod uwagę fakt, że w toku rozprawy doszło do ujawnienia nazw podmiotów udostępniających Przystępującemu zasoby, wobec czego odmowa udostępnienia omawianych dokumentów Odwołującemu byłaby nieuzasadniona.

Co zaś dotyczy załączników do pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich (odpisy z publicznych rejestrów, oświadczenia, itd.), to skoro ujawnieniu podlegają same zobowiązania, to nie ma powodu, aby nie ujawniać pozostałych dokumentów dotyczących tych podmiotów. Niezależnie od powyższego trzeba zaznaczyć, że takie dokumenty nie zawierają, w ocenie Izby, informacji wpisujących się w legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając jednocześnie na względzie, że nie zostały ujawnione imiona i nazwiska osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (patrz pkt I.3 uzasadnienia), informacje o zamówieniach zrealizowanych na rzecz podmiotów innych niż zobowiązanych do stosowania Pzp (patrz pkt I.2 uzasadnienia) oraz, że pisemne zobowiązania podmiotów trzecich obejmują również informacje o udostępnieniu potencjału innego niż tego, o którym informacje powinny zostać przez Zamawiającego ujawnione, skład orzekający stwierdził, że dane te powinny pozostać objęte tajemnicą.

I.5. oświadczenia o zakresie podwykonawstwa (załącznik D do formularza oferty) i o korzystaniu z zasobów podmiotów trzecich (załącznik E do formularza oferty)

Izba nie dopatrzyła się powodów utajnienia informacji zawartych w załączniku D do formularza oferty, ponieważ – po pierwsze – sam fakt korzystania z podwykonawców nie jest okolicznością wyróżniającą Przystępującego (na tych samych zasadach z podwykonawców mogą korzystać pozostali uczestnicy Postępowania), po drugie – dane identyfikujące wymienione w nim

podmioty zostały w toku rozprawy ujawnione, po trzecie zaś – Wykonawca CA nie wykazał, że informacje o tym jakie czynności związane z realizacją zamówienia będą wykonywały poszczególne podmioty posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą.

W kwestii załącznika E do formularza oferty skład orzekający uznał, że skoro ujawnieniu podlegają informacje omówione w pkt I.4 uzasadnienia, to utrzymywanie w tajemnicy treści tego dokumentu pozbawione jest racji bytu.

I.6. korespondencja prowadzona pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym w Postępowaniu w zakresie w jakim dotyczy ona informacji wskazanych w pkt 1.2.1 – 1.2.5 sentencji orzeczenia

Mając na względzie okoliczność, że skład orzekający nakazał odtajnienie części informacji zawartych w ofercie Wykonawcy CA, co zostało omówione powyżej, konieczne stało się również nakazanie odtajnienia wszelkiej korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą CA dotyczącej informacji, których objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa uznane zostało za nieuzasadnione.

Izba uznała ponadto, że niżej wymienione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą zostać ujawnione, a to z następujących przyczyn.

I.7. informacje z banku

Skład orzekający stwierdził, że wynikające z przedmiotowych dokumentów informacje potwierdzają spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w stopniu wyższym niż minimalny.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że informacje o wysokości posiadanych przez dany podmiot środków finansowych oraz o jego zdolności kredytowej (które to *nota bene* objęte są tajemnicą bankową) posiadają określoną wartość gospodarczą, stanowiąc źródło informacji o szeroko pojętej kondycji finansowej wykonawcy, w tym o jego możliwości inwestowania we własny rozwój, czy angażowania się w różnorodne projekty inwestycyjne i wreszcie o zdolności do udziału w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych. Czynniki te, w ocenie Izby, definiują pozycję rynkową wykonawcy, zatem informacje o nich zasługują na ochronę.

I.8. polisa OC wraz z dowodem opłacenia składki

Także i w tym przypadku omawiane dokumenty potwierdzały spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie przekraczającym niezbędne minimum.

Skład orzekający wskazuje ponadto, że zarówno informacja o ubezpieczycielu, z którego usług korzysta dany podmiot, jak i o wysokości sumy ubezpieczenia i należnej ubezpieczycielowi składki mają wartość gospodarczą, ponieważ charakteryzują nie tylko kondycję finansową podmiotu, ale również pokazują jego pozycję rynkową (wysokość składki zależy nie tylko od limitu przyjętej przez ubezpieczyciela odpowiedzialności gwarancyjnej, ale także od zdolności

negocjacyjnych ubezpieczonego, profilu i zakresu prowadzonej przez niego działalności, czy oceny szkodowości).

I.9. opis oferowanego rozwiązania, specyfikacja techniczno-funkcjonalna, wykaz ilościowy sprzętu, oświadczenia o nazwie, rodzaju i liczbie oferowanych licencji (załącznik A – C do formularza oferty)

Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego było niespójne – z jednej strony twierdził, że przedmiot zamówienia jest skomplikowany i specjalistyczny do tego stopnia, że w Polsce, jak dotąd, realizowane były dwa podobne projekty, z drugiej zaś usiłował przekonywać, że opis przedmiotu zamówienia nie zawiera żadnych innowacyjnych rozwiązań.

Po zapoznaniu się z opisem przedmiotu zamówienia skład orzekający doszedł do przekonania, że przedmiot zamówienia ma nowatorski i niespotykany na rynku usług informatycznych charakter, wobec czego szczegółowe informacje o tym, w jaki sposób dany wykonawca zamierza zaspokoić potrzeby Zamawiającego posiadają wartość gospodarczą i zasługują na ochronę. Powyższego zapatrywania nie zmienia okoliczność, że Zamawiający precyzyjnie opisał swoje wymagania, bowiem stopień ich szczegółowości nie przeczy innowacyjności zamawianego rozwiązania i nie uniemożliwia wykonawcom spełnienie założeń Zamawiającego w różny sposób.

Niezależnie od przedstawionej powyżej argumentacji Izba uznała, że Przystępujący spełnił przesłanki, o których mowa w przepisie art. 8 ust. 3 Pzp załączając do oferty szczegółowe wyjaśnienia przyczyn, dla których utajnił informacje omówione w powyższych pkt uzasadnienia.

II. Wiedza i doświadczenie

Zarzut nie potwierdził się.

Omawiany zarzut oparty został na dwóch okolicznościach – po pierwsze – że zamówienie referencyjne nie obejmowało wszystkich wymaganych treścią warunku udziału w Postępowaniu funkcjonalności, po drugie zaś – że nie zostało zrealizowane do upływu terminu składania ofert.

W odniesieniu do pierwszej z wyszczególnionych kwestii Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń, bowiem nie przedstawił żadnych dowodów na ich poparcie. Okoliczność, że początkowo Odwołujący mógł się jedynie domyślać jakiego projektu dotyczyło zamówienie referencyjne (pewność co do tego faktu uzyskał w toku rozprawy) nie zwalnia go z obowiązku instruowania postępowania dowodowego. Fakt, że Odwołujący nie miał pewności co do trafności swoich założeń nie zwalnia go z udowodnienia opartych na nich twierdzeń.

Ponadto skład orzekający stwierdził, że stanowisko Odwołującego pozostawało w sprzeczności zarówno z załączonym do oferty Wykonawcy CA listem referencyjnym, jak i oświadczeniami stanowiącymi dowody nr 5 i 14.

Nie uwzględniono przy tym argumentacji Odwołującego zaprezentowanej w celu podważenia jego wiarygodności dowodu nr 5. Twierdził on bowiem, że jeżeli jakaś funkcjonalność jest obecna, ale nie jest wykorzystywana, to nie sposób mówić o jej wdrożeniu. Argumentacja ta, oparta w istocie na manipulowaniu pojęciami „obecności” i „wdrożenia”, nie mogła odnieść skutku, ponieważ z pierwszego akapitu oświadczenia wynika, że oprogramowanie zostało dostarczone i wdrożone (bez wskazywania w tym zakresie na jakiegokolwiek wyjątki, co sugerował Odwołujący). Zdaniem Izby „wdrożyć” oznacza tyle, co zapewnić możliwość korzystania z czegoś. Nie sposób przy tym obciążać wykonawcę odpowiedzialnością za niewdrożenie jakiejś funkcjonalności tylko dlatego, że nie jest wykorzystywana przez zamawiającego, mimo zapewnienia mu takiej możliwości. W przeciwnym wypadku realizacja przez wykonawcę tak rozumianego umownego zobowiązania sprowadzać musiałaby się do dbałości o faktyczne wykorzystywania przez zamawiającego określonych możliwości oprogramowania, na co wykonawca nie może mieć przecież wpływu. Z kolei twierdzenie dotyczące niewystępowania interfejsu menadżerskiego w zamówieniu referencyjnym nie było objęte zarzutem odwołania i uznane zostało za spóźnione – w odwołaniu nie tyle kwestionowano występowanie tej funkcjonalności w ogóle, ile istnienie jej pewnych cech wyróżnionych w treści odwołania podkreśleniem, co nie zostało przez Odwołującego udowodnione.

W zakresie drugiej ze wskazanych okoliczności (zrealizowanie zamówienia referencyjnego przed upływem terminu składania ofert) Izba uznała, że dowody przedstawione przez Odwołującego w załączeniu do wniosku o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy (dowody nr 7-10) nie potwierdziły jego stanowiska. Jakkolwiek stanowiły one podstawę do przychylenia się do wniosku Odwołującego (niezbędne, w ocenie składu orzekającego, stało się bowiem wyjaśnienie w jakim czasie i zakresie zamówienie referencyjne zostało zrealizowane, ponieważ było to kwestionowane przez Odwołującego, a dowody mające potwierdzać jego stanowisko uzyskane zostały dopiero po zamknięciu rozprawy, o czym świadczy data na dokumencie stanowiącym dowód nr 7), tym niemniej nie uniemożliwiało to dokonania przez Izbę odmiennej oceny tych dowodów po przeprowadzeniu otwartej na nowo rozprawy, ani tym bardziej nie stanowiło przesłanki uwzględnienia zarzutu odwołania na ich podstawie. Dokonując analizy wspomnianych dowodów skład orzekający stwierdził, że nie dotyczą one bezpośrednio zamówienia wskazanego przez Przystępującego w wykazie usług. Ich związek z zamówieniem referencyjnym jest jedynie pośredni, bowiem dotyczą one zamówienia na podstawie którego udzielone zostało zamówienie referencyjne. Co istotne, zamówienie referencyjne obejmowało identyczny zakres przedmiotowy, co zamówienie na które powoływał się Odwołujący, co potwierdziła treść dowodu nr 15.

Należy mieć również na uwadze, że Przystępujący w sposób logiczny, wiarygodny i przede wszystkim poparty dowodami wyjaśnił związek pomiędzy ww. zamówieniami, terminy realizacji zamówienia referencyjnego, a nawet przyczyny przesunięć terminów realizacji ich poszczególnych

etapów pomiędzy umową główną, a umową podwykonawczą, w oparciu o którą zrealizowane zostało zamówienie referencyjne (która to okoliczność nie była istotna dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie) oraz zakres, jaki obejmowało zamówienie referencyjne.

Skład orzekający uznał, że dowody nr 6, 13, 15, 16 i 17 pozwalają na stwierdzenie, że zamówienie referencyjne zostało wykonane (w zakresie niezbędnym do potwierdzania spełniania warunku udziału w Postępowaniu) oraz rozliczone przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu, tj. jeszcze w grudniu 2014 r. Z porównania ich treści z dowodem nr 18 wynika, że terminy realizacji poszczególnych etapów umowy podwykonawczej przypadają wcześniej niż terminy określone w umowie głównej.

Nie przychyłono się przy tym do stanowiska Odwołującego, który przeczył omawianej okoliczności opierając się na datach sporządzenia protokołów odbioru stanowiących dowód nr 17 i wyprowadzając z nich wnioski, że wdrożenia miały miejsce po upływie terminu składania ofert w Postępowaniu. Stwierdzono, że – po pierwsze – wdrożeń dokonano u wymaganej treścią warunku liczby podmiotów leczniczych (nawet jeśli nie uwzględnić wdrożenia w SP ZOZ w Mońkach, to nadal liczba podmiotów leczniczych utrzymana była na wymaganym poziomie). Po drugie zaś – z treści omawianych protokołów wynikają daty wdrożeń przeprowadzonych w poszczególnych podmiotów leczniczych, które to przypadają (poza wskazanym powyżej wyjątkiem) przed terminem składania ofert w Postępowaniu. Izba uznała, że Odwołujący niezasadnie usiłował utożsamić daty sporządzenia protokołów (rozumianego jako podpisanie dokumentów określonej treści) z datami wykonania czynności ujętych w ich treści, twierdząc, że dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie należy przyjąć, że realizacja poszczególnych świadczeń miała miejsce w datach sporządzenia protokołów. Wniosku takiego nie da się jednak wywieść z treści omawianych dokumentów, bowiem *expressis verbis* stwierdzają one daty wykonania określonych czynności (daty w kol. 3 tabel ujętych w treści protokołów). Fakt, że terminy sporządzenia poszczególnych protokołów zostały następnie przepisane do protokołu odbioru końcowego przedstawionego przez Odwołującego (dowód nr 10), *nota bene* również jako daty podpisania protokołów, nie zaś wykonania stwierdzonych nimi czynności, nie upoważniał Odwołującego do stawiania tezy, że wynikające z nich świadczenia nie zostały wykonane przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu. Z kolei twierdzenie, że protokoły sporządzane były po upływie przewidzianego umową główną terminu (dowód nr 8 i 18 – § 3 ust. 14 tejże), abstrahując od okoliczności, że nie dotyczyło ono – jak wspomniano – zamówienia referencyjnego, można ewentualnie rozpatrywać w płaszczyźnie uchybienia takiemu zobowiązaniu umownemu, które nie przeczy jednak wykonaniu samego zamówienia.

Co zaś dotyczy argumentacji, że obok wdrożeń lokalnych, stwierdzonych protokołami stanowiącymi dowód nr 17, wymagane było również wdrożenie platformy regionalnej, które miało zostać wykonane po upływie terminu składania ofert w Postępowaniu (*vide* dowód nr 9) Izba doszła do wniosku, że z treści dowodu nr 4 i 15 wynikało, iż realizacja tego świadczenia nastąpiła na

etapie prototypowania i pilotażu (pkt 2.3.1.1 dowodu nr 15), w ramach którego z platformą zintegrowano 3 spośród 11 podmiotów leczniczych (pkt 2.3.1.2 dowodu nr 15). Prace te zostały wykonane do dnia 24 września 2014 r. (§ 3 ust. 1 lit. b) w zw. z § 1 ust. 1 lit. b) i nast. umowy podwykonawczej – dowód nr 4) i rozliczone w dniu 7 października 2014 r. (faktura VAT nr 07754-09-14-KR z dnia 7 października 2014 r. wraz z potwierdzeniem przelewu – dowód nr 6).

Jedynie na marginesie Izba stwierdziła, że Przystępujący trafnie argumentował, iż przesunięcia terminów realizacji umowy głównej, dokonane aneksem nr 2 do umowy głównej (patrz dowód nr 18) nie odniosły skutku względem terminów realizacji przyjętych w umowie podwykonawczej. Kwestia ta była jednak – jak wspomniano – pozbawiona doniosłości w tej sprawie. Podobnie Izba oceniła wywołany przez Odwołującego spór o znaczenie pojęć „wdrożenia” i „integracji” systemów, ponieważ nie obalił on wniosków płynących z szeregu wspomnianych powyżej dowodów potwierdzających, że zamówienie referencyjne zostało wykonane.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że sformułowany w odwołaniu zarzut ewentualny (tj. naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp) również nie mógł odnieść skutku, ponieważ Zamawiający posiadał dokumenty zawierające informacje niezbędne do ustalenia spełniania przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu. Stąd dowód nr 11 nie był przydatny do rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania.

Dowód nr 3 został uznany przez Izbę za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania, gdyż nie dotyczył kwestii bezpośrednio związanej z jego treścią.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: