

**WYROK**  
z dnia 8 marca 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego i 5 marca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 r. przez wykonawcę

**Asseco Poland Spółkę Akcyjną, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Powiatowe Centrum Medyczne w Grójcu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
ul. Ks. Piotra Skargi 10, 05-600 Grójec**

przy udziale wykonawców:

**A. Info-Lider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Małachowskiego 45, 40-689 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Gabos Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** oraz **iCreatio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kawcza 44, 04-167 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Asseco Poland Spółkę Akcyjną** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland Spółkę Akcyjną** tytułem wpisu od odwołania,

**2.2. zasądza od Asseco Poland Spółki Akcyjnej na rzecz Powiatowego Centrum Medycznego w Grójcu Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Powiatowe Centrum Medyczne w Grójcu Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup, instalację, uruchomienie urządzeń teleinformatycznych i oprogramowania wraz z kompleksowym wdrożeniem w zakresie objętym projektem pn. Poprawa jakości i dostępności świadczeń zdrowotnych dzięki wdrożeniu e-usług w Powiatowym Centrum Medycznym w Grójcu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 listopada 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 218-452988. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Asseco Poland S.A. wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia czynności oceny i badania ofert, niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GABOS Software Sp. z o.o. oraz iCreatio Sp. z o.o., zwanych dalej „Konsorcjum Gabos”, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, a także zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Gabos jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie: a) „Tajemnica przedsiębiorstwa – zastrzeżenie, uzasadnienie” (znajdujące się w ofercie Konsorcjum Gabos), b) „Załącznika nr 9 – Wykaz oferowanych produktów po zmianach w dniu 29 grudnia 2017 roku”, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; a z ostrożności procesowej również zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Gabos, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oferty Konsorcjum Gabos w zakresie „Załącznika nr 9 –

Wykaz oferowanych produktów po zmianach w dniu 29 grudnia 2017 roku”, pomimo że informacje zawarte w tym załączniku nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Gabos jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy Zamawiający zaniechał odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum Gabos jako niejawnych części oferty tego wykonawcy, tj. wykazu oferowanych produktów stanowiącego załącznik nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, przez co uniemożliwił Odwołującemu zbadanie oferty Konsorcjum Gabos i wykazanie, że oferta ta powinna zostać odrzucona,

3. z ostrożności procesowej: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gabos, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
  2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  3. odtajnienia i udostępnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu w zakresie wskazanym w odwołaniu,
  4. dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
  5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- z ostrożności procesowej:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum Gabos na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że został poinformowany o dokonaniu oceny ofert oraz o wyborze oferty Konsorcjum Gabos 2 lutego 2018 roku, zatem wniesienie odwołania do 12 lutego 2018 r. oznacza, iż Odwołujący wniósł odwołanie w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał też, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych możliwe jest wniesienie odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty przez

wykonawcę sklasyfikowanego na dalszej pozycji rankingowej bez kwestionowania innych ofert niż wybrana z uwagi na to, że oferty te nie zostały ostatecznie zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Taki wykonawca (kwestionujący czynność wyboru oferty najkorzystniejszej) będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez czynność ponownej oceny ofert.

Objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach: mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa; nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej; podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Dokonane przez Konsorcjum Gabos w zakresie dokumentu wymaganego przez Zamawiającego tj. formularza oferowanego sprzętu, oprogramowania i wyposażenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 9 – Wykaz oferowanych produktów po zmianach w dniu 29 grudnia 2017 roku, zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Wskazana w tym dokumencie informacje nie realizują bowiem łącznie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty Konsorcjum Gabos oraz firmy Info-Lider Sp. z o.o., w tym załącznika nr 9. 19 stycznia 2018 r. Odwołujący otrzymał odpowiedź od Zamawiającego, w której wskazano, że wykonawcy zastrzegli, iż załączniki nr 9 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie tym Zamawiający nie podał, czy dokonał oceny ofert w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec tego 24 stycznia 2018 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego, wnosząc o udzielenie jednoznacznej odpowiedzi, czy Zamawiający w niniejszym postępowaniu zakończył procedurę oceny ofert w odniesieniu do możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wskazanych przez wykonawców częściach ofert oraz załączników. Pismo to jednak pozostało bez odpowiedzi. Odwołujący wnioskował także o wgląd do konkurencyjnych ofert 8 lutego 2018 r., jednakże i to pismo pozostało bez jakiegokolwiek reakcji ze strony Zamawiającego.

W stosunku do przedmiotowych zastrzeżonych informacji nie zostały spełnione co najmniej przesłanki nieujawnienia do informacji publicznej oraz posiadania charakteru technicznego,

technologicznego, handlowego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa. Wskazać należy, iż trzecia przesłanka ustawowa tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest spełniona tj. Konsorcjum Gabos nie był w stanie wykazać, iż podjęło w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności, (nazwy oprogramowania oraz opisy dotyczące sprzętu obcej firmy (producenta) są powszechnie dostępne na rynku). Wobec braku wykazania spełnienia tej przesłanki w wyjaśnieniach informacje nie mogą zgodnie z definicją legalną zostać potraktowane jako skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych to wykonawca zastrzegający jawność informacji zobowiązany jest w tym samym czasie wykazać zasadność takiego zastrzeżenia. Ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Informacje o walorze informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa czy inne posiadające wartość gospodarczą powinny być zabezpieczone w celu zachowania ich poufności. Dla uznania spełnienia tego warunku niezbędne jest wykazanie, że wykonawca podjął w stosunku do konkretnych informacji specjalne środki zabezpieczające przed jej ujawnieniem w ogóle, a nie tylko w konkretnym postępowaniu. Brak jest jakiegokolwiek dowodu, który uprawdopodobniłby, że Konsorcjum Gabos chociaż podjęło niezbędne działania w celu zachowania w tajemnicy nazw producentów, z których produktów korzysta. Konsorcjum Gabos nie było w stanie przedstawić żadnego wiarygodnego dowodu, że informacje zastrzeżone w ofercie podlegały szczególnej procedurze w jego przedsiębiorstwie, które to procedury prowadziły, np. do zawężenia grona osób mogących zapoznać się z tymi informacjami, czy też inni wykonawcy (których sprzęt został zaoferowany, bądź usługa została wykonana na ich rzecz) nie wyrazili zgody na udostępnienie tych konkretnie zastrzeżonych informacji.

Wykonawcy zobowiązani byli podać wykaz oferowanego oprogramowania aplikacyjnego, wskazując producenta oraz typ oprogramowania oraz infrastrukturę sprzętową wraz z opisem, podając przede wszystkim nazwę producenta, typ, model, nazwę/wersję oraz oferowaną wartość parametru, aby wykazać, że spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wszystkie te „komponenty przedmiotu zamówienia” są powszechnie dostępne na rynku, gdyż, aby wygrać przetarg, należało zaoferować urządzenia typowe i powszechnie dostępne, a producenci urządzeń produkowanych seryjnie udostępniają nie tylko cenniki, ale także opisy swoich rozwiązań. Jeśli więc producenci zewnętrzni dla wykonawcy nie robią tajemnicy z ceny i opisu funkcjonowania swoich produktów, to tym

bardziej wykonawca nie ma do tego prawa. Także dobór określonych urządzeń, sposobów wytwarzania, wzorów i metod działania wykonawcy rzadko stanowi rzeczywistą tajemnicę. W ocenie Odwołującego samo podanie typu, parametrów i nazwy konkretnego producenta i produktu nie narusza tajemnicy wykonawcy. Jeżeli więc w ofercie znajdują się informacje przepisane ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to w oczywisty sposób nie są to informacje, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Do podobnych wniosków należy dojść, gdy opis przedmiotu zamówienia jest tak przygotowany, że wiadomym jest, jaka powinna być prawidłowa odpowiedź wykonawców, więc informacji podanych w ofertach nie sposób zakwalifikować jako wypełniających przesłanki do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa i nie stanowią także *know-how* przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego tych informacji nie można zakwalifikować na tym samym poziomie, jak szczególne dane techniczne/technologiczne przedsiębiorcy, które mogą mieć dla niego konkretną i istotną wartość gospodarczą, którą można wycenić dokonując np. wyceny przedsiębiorstwa.

Konsorcjum Gabos zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, którego nie jest producentem (twórcą), a jedynie nabywa określone produkty od producentów/dostawców. Dobór określonych urządzeń nie jest więc procesem o charakterze technicznym i technologicznym, tj. dotyczącym najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, wzorów i metod działania wykonawcy. Nie są więc objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykazy sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, w których zawarto produkty stworzone przez inne podmioty (producentów), a samo podanie typu, parametrów i nazwy konkretnego producenta i produktu nie narusza tajemnicy wykonawcy, który te produkty oferuje w postępowaniu. Przyjęcie, że wykaz sprzętu, oprogramowania i wyposażenia może stanowić „autorski” pomysł konkretnego wykonawcy prowadziłby do absurdalnych wniosków. Każdy bowiem z pozostałych wykonawców, którzy zaoferowali podobny wykaz sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, musiałby zostać uznany za podmiot naruszający „autorski” pomysł Konsorcjum Gabos. Nie można przyjąć, że charakter autorski (twórczy) ma zestawienie, wykazu sprzętu, wykaz oprogramowania, wykazu wyposażenia, który dla przeciętnej osoby posiadającej wiedzę w zakresie sprzętu informatycznego i oprogramowania, po zapoznaniu się z wymaganiami Zamawiającego, jest możliwy do przygotowania. Odwołujący wskazał, że przedłożony przez Konsorcjum Gabos wykaz jest powtarzalny i nie ma charakteru indywidualnego. Wynika on jedynie z dostosowania produktów do określonego celu, tj. realizacji zamówienia według specyfikacji przedłożonej przez Zamawiającego. A sama wiedza o tym, jakie produkty spełniają wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli równocześnie nie wiąże się to z opracowywaniem produktów specjalnie na potrzeby danego postępowania, lecz bazuje na standardowych, istniejących i dostępnych na rynku, nie może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Informacje dotyczące producenta, modelu, wersji, parametrów sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, przygotowane ściśle według wzoru podanego przez Zamawiającego nie dawały wykonawcom dowolności co do możliwości doboru sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, gdyż składając ofertę postępować mogli wyłącznie oferując produkty spełniające ściśle określone i konkretne wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje te nie są niepowtarzalne i nie można stwierdzić, że stanowią *know-how* przedsiębiorstwa. Specyfikacja techniczna została precyzyjnie i wyczerpująco opisana przez Zamawiającego, zatem znają ją wszyscy wykonawcy. Poza tym oferowane produkty są powszechnie dostępne na rynku, praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem.

„Z ostrożności procesowej” Odwołujący podniósł, że oferta Konsorcjum Gabos jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego też powinna zostać odrzucona, gdyż, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Gabos zaoferowało sprzęt komputerowy, który nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Brak w ofercie Konsorcjum Gabos nie stanowi omyłki, która może zostać poprawiona przez Zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał szczególnej funkcji odnośnie monitorów, które mają być dostarczone, a mianowicie funkcji ACR – Active Contrast Ratio. ACR ma zapewnić lepszą jakość, wyświetlając obrazy i kolory, które wyglądają znacznie bardziej realnie.

Odwołujący bierze udział w szeregu podobnych postępowań i osoby analizujące wymaganie dotyczące sprzętu komputerowego w tym monitorów wskazały na to specyficzne wymaganie, które nie jest standardem. Bardzo dużo monitorów oferowanych na rynku nie posiada wymaganej przez Zamawiającego funkcji ACR. Mając na uwadze wiedzę pochodzącą z rynku, jaki sprzęt z dużą dozą prawdopodobieństwa oferują konkretni wykonawcy, Odwołujący uznał, że Konsorcjum Gabos zaoferowało monitory niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.

## II Stanowisko Zamawiającego

Podczas rozprawy Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania stwierdzając, iż jest ono spóźnione w zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego zastrzeżenia tajemnicy



przedsiębiorstwa, ponieważ 19 stycznia 2018 r. odmówił Odwołującemu dostępu do kwestionowanego dokumentu, zatem od tego dnia powinien być liczony termin na wniesienie odwołania. W dalszej części wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Podczas badania oferty Zamawiający sprawdził, czy zaoferowane urządzenia spełniają jego wymagania i po weryfikacji oraz uznaniu, że spełniają, zaakceptował ofertę Konsorcjum Gabos. W szczególności dokonał sprawdzenia zaoferowanych monitorów, zwłaszcza po otrzymaniu odwołania.

Według niego Smart Contrast i ACR to ta sama funkcja, a różnica w nazwie zależy tylko od producenta. Zdaniem Zamawiającego technologia ACR nie wskazuje na jednego producenta ani konkretny produkt i jest stosowana przez różnych producentów, a jedyna różnica to różnica w nazwie. W przedstawionej przez Zamawiającego opinii biegły wskazuje, że jest to ta sama technologia, tylko różni się nazwami. Odwołujący wybiórczo czyta tę opinię, która jest sformułowana kategorycznie i stwierdza, że w zależności od producenta technologia ACR nosi różną nazwę. Nie ma też definicji, czym jest technologia ACR. Odwołujący buduje ją na podstawie produktu, który sam zaoferował. ACR polega na stosowaniu różnych algorytmów, wykorzystaniu oprogramowania. Nie jest unikalna, lecz powszechnie dostępna. Odwołujący rozwija skrót ACR jako „Active Contrast Ratio”, co można przetłumaczyć jako „aktywny współczynnik kontrastu”, natomiast Zamawiający użył określenia „advanced”, czyli zaawansowany. W załączniku nr 1b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punkcie 1.1.2, poz. 6. tabeli oraz w punkcie 1.2.2 pozycja 6. tabeli wskazuje na parametr „kontrast ACR”. Nigdzie nie rozwinął określenia „ACR”.

W przedstawionym przez Odwołującego opisie monitora firmy Iiyama stwierdzono „poziom kontrastu dynamicznego to 12.000.000:1 (ACR)” – wynika z tego, że producent nie opisuje tego parametru wyłącznie jako ACR, lecz jako poziom kontrastu dynamicznego. Nazewnictwo nie jest celem samym w sobie. Odwołujący sam przyznał, że nie znalazł biegłego, który stwierdziłby, że Smart Contrast to nie to samo, co ACR. Oferta Konsorcjum Gabos jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zaoferował inny monitor, niż Iiyama, tj. AOC Pro-Line E2275 SWJ, w którym nie pojawia się określenie „ACR”, lecz „kontrast dynamiczny”. Odnalazł stronę internetową, na której zawarto opis ww. monitora AOC, gdzie również w opisie tego monitora nie użyto określenia „ACR”, lecz Contrast Ratio Dynamic. Odwołujący na funkcję ACR nie wskazał również w kolumnie, w której należało opisać oferowane parametry – podał tam jedynie dane liczbowe. Oznacza to, że nazwa ACR nie miała znaczenia, bowiem wykonawcy skupili się na wymogu kontrastu 10.000.000:1, a nie na nazwie ACR, zatem również Odwołujący ACR nie zaoferował.

Żaden z wykonawców nie zadawał pytania ani nie kwestionował wymogu dotyczącego ACR, zatem nie mieli wątpliwości, jaki jest wymóg Zamawiającego.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący złożył kartę katalogową firmy Ilyama, a nie zaferowanego przez siebie monitora ze względu na to, że w karcie katalogowej monitora AOC nie znalazł odniesienia do ACR.

### III Ustalenia Izby

Podczas posiedzenia Odwołujący wycofał zarzut w zakresie nieujawnienia przez Zamawiającego dokumentu uzasadnienia przez Konsorcjum Gabos zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż 12 lutego 2018 r. został on odtajniony, zatem zarzut ten nie był rozpatrywany.

W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – w zakresie dotyczącym całego odwołania. Przesłanka taka zachodzi jednak w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnicy przedsiębiorstwa – a dokładniej, w zakresie odmowy przez Zamawiającego ujawnienia żądanych dokumentów (przy czym, w zakresie uzasadnienia przez Konsorcjum Gabos zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zarzut ten został wycofany).

Art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W zakresie, który dotyczy przedmiotowej sprawy, termin na wniesienie odwołania określa art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy dotyczący kwestii nieudostępnienia Odwołującemu ww. dokumentów nie jest sporny pomiędzy Stronami, tj. Zamawiający, pismem z 19 stycznia 2018 r., odmówił udostępnienia załącznika nr 9 stanowiącego część oferty Konsorcjum Gabos. Była to czynność Zamawiającego (czynność negatywna w postaci odmowy udostępnienia), od której liczy się termin na wniesienie odwołania. Zamawiający nie wskazał

tu, że dokonuje jeszcze czynności badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy w części oferty, w związku z powyższym nie zaszły sytuacje opisane np. w powołanym przez Odwołującego komentarzu, które mogłyby spowodować zmianę chwili, od której liczy się termin na wniesienie odwołania. Nie można tu także mówić o zaniechaniu Zamawiającego, co – w uproszczeniu – odnosi się do jego bezczynności w danym zakresie, skoro Zamawiający dokonał czynności w rozumieniu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – czynności odmowy.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania w tym zakresie powinien być liczony od dnia otrzymania pisma z 19 stycznia 2018 r., a tym samym zarzut w zakresie nieodtajnienia zastrzeżonych dokumentów jest spóźniony i nie będzie rozpatrywany.

Co do zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Gabos na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Izba stwierdziła, że zarzut ten podlega oddaleniu.

W załączniku nr 1b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w punkcie 1.1.2, pozycja 6. tabeli oraz w punkcie 1.2.2, pozycja 6. tabeli, Zamawiający, w stosunku do zamawianych monitorów wskazał na wymóg posiadania parametru „kontrast ACR”. Jednocześnie Zamawiający nie wyjaśnił znaczenia tego skrótu ani nie opisał dodatkowo tego wymogu.

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego wymagana przez Zamawiającego funkcja „ACR” jest funkcją unikatową, dlatego większość monitorów jej nie posiada. Natomiast Zamawiający oraz Przystępujący – Konsorcjum Gabos stali na stanowisku, że jest to nazwa ogólnie znana i nie odnosząca się do konkretnych producentów, lecz ogólnie funkcji kontrastu dynamicznego i tak też była rozumiana przez wykonawców składających oferty.

Nie było sporne, że w zaoferowanym przez Konsorcjum Gabos modelu monitora firmy Phillips, zgodnie z informacją producenta, funkcja kontrastu dynamicznego istnieje, lecz została nazwana „Smart Contrast”. Spór pomiędzy Stronami polegał więc na tym, czy jest to jedynie taka sama funkcja, tj. funkcja kontrastu dynamicznego, czy też jest to funkcja wymagana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli kontrast ACR.

W tym miejscu Izba zauważa, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem o charakterze kontradiktoryjnym, a strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne

(art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Przepis ten jest odpowiednikiem art. 6 Kodeksu cywilnego i oznacza, że każda ze stron i uczestników powinna dowodzić (i dowieść) swoich racji. Podobnie – nie jest wystarczające zarzucenie zamawiającemu, że postąpił nieprawidłowo, ale należy także ten fakt udowodnić.

Izba umożliwiła Odwołującemu przeprowadzenie takiego kontradyktoryjnego sporu ujawniając producenta i model monitora oferowanego przez Konsorcjum Gabos oraz odraczając rozprawę celem przygotowania się do niej. Pomimo tego, w ocenie Izby, Odwołujący nie podjął żadnej znaczącej inicjatywy w celu wykazania słuszności swojego stanowiska i stawianego zarzutu – w przeciwieństwie do Zamawiającego i Przystępującego – Konsorcjum Gabos, którzy starali się udowodnić swoje racje. Tym samym jego odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący nie dowiódł, że wymagany przez Zamawiającego parametr „kontrast ACR” dotyczył konkretnej nazwy technologii używanej jedynie przez jednego lub nielicznych producentów, a nie ogólnie funkcji kontrastu dynamicznego, jak też, że w ten sposób był rozumiany przez wykonawców, a tym samym mógł stanowić podstawę do podjęcia przez nich decyzji o udziale w postępowaniu (złożeniu oferty), jak też doborze zaoferowanego sprzętu (i tym samym wpływać na miejsce w rankingu ofert), a tym samym na wynik postępowania.

Izba przyznała tu rację stronie zamawiającej, że nawet w przedstawionym przez Odwołującego opisie monitora firmy Ilyama stwierdzono „poziom kontrastu dynamicznego to 12.000.000:1 (ACR)”, z czego należy wnosić, że producent ten (podany przez Odwołującego jako przykład producenta stosującego nazwę „ACR”) nie opisuje tego parametru wyłącznie jako „ACR”, lecz jako poziom kontrastu dynamicznego, a „ACR” podaje jako dodatkowy komentarz, a nie własną nazwę handlową. Podobnie jest też w przypadku zaoferowanego przez Odwołującego monitora firmy AOC (AOC został podany przez Odwołującego jako drugi przykład producenta stosującego nazwę „ACR”), gdzie również w opisie tego monitora nie użyto określenia „ACR”, lecz „Contrast Ratio Dynamic”.

W związku z powyższym należało przychylić się też do konkluzji Zamawiającego, że oznacza to, że nazwa „ACR” nie miała kluczowego znaczenia przy składaniu ofert, bowiem wykonawcy, włącznie z Odwołującym, skupili się na wymogu kontrastu dynamicznego o żądanej wartości 10.000.000:1, a nie na nazwie „ACR”.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 z późn. zm.).

**Przewodniczący:** .....