

Sygn. akt: KIO 1368/17

WYROK
z dnia 21 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca br. przez wykonawcę Medhub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Mławie

przy udziale zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy Comarch Healthcare spółka akcyjna w Krakowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Mławie powtórzenie badania i oceny ofert, odtajnienie informacji zawartych w wykazie dostaw oraz tabeli nr 3 załącznika 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udostępnienie wykonawcy Medhub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu wewnętrznego dokumentu zamawiającego, zawierającego informacje o rezultacie weryfikacji dokonanej przez zamawiającego co do prawdziwości danych podanych przez Comarch Healthcare spółka akcyjna w Krakowie w tabeli nr 3 załącznika 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wezwanie Comarch Healthcare spółka akcyjna w Krakowie do wyjaśnień odnośnie zaoferowanych cech dodatkowych systemu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Mławie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Medhub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Mławie na rzecz wykonawcy Medhub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 Płocku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Mławie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa informatyzacja Szpitala w Mławie wraz z wdrożeniem e-usług dla pacjentów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 29 marca 2017 r., poz. 2017/S 062-116176. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 3 lipca 2017 r. wykonawca Medhub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Comarch z Postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo tego, iż w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa Comarch przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie cech dodatkowych, które posiada system zaoferowany przez Comarch, które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

b. art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153, poz. 1503, t.j. ze zm.) (dalej: „u.z.n.k.”) poprzez rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości co do cech dodatkowych, które posiada system zaoferowany przez Comarch;

c. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty Comarch jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w Postępowaniu za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego;

d. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty Comarch (w szczególności informacji zawartych w wykazie dostaw oraz w Tabeli nr 3 Załącznika nr 2a do SIWZ), pomimo tego, iż informacje zastrzeżone przez Comarch nie spełniają przesłanek niezbędnych dla możliwości zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

e. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wewnętrznego dokumentu Zamawiającego, który zawiera informacje o rezultacie weryfikacji dokonanej przez Zamawiającego co do prawdziwości danych podanych przez Comarch w Tabeli nr 3 Załącznika nr 2a do SIWZ, podczas gdy dokument ten ma charakter jawny, ponieważ stanowi załącznik do protokołu Postępowania;

f. art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Comarch do wyjaśnień odnośnie zaoferowanych cech dodatkowych systemu;

g. art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Przedstawienie przez Comarch informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu

Odwołujący wskazywał, iż Comarch w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (dotyczące kryteriów oceny ofert oraz tajemnicy przedsiębiorstwa), które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Tym samym Comarch dopuścił się czynu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych, czego skutkiem powinno być wykluczenie Comarch z Postępowania.

Odnosząc się do kryteriów oceny ofert, w opinii Odwołującego Comarch w przedłożonej przez siebie ofercie wprowadził Zamawiającego w błąd w ten sposób, że:

a. nie opisał w ramach kryterium „Cechy dodatkowe - Otwartość systemu HIS [Tabela nr 3]” cech przedmiotu zamówienia, który zaoferował w Postępowaniu (Optimed NXT) tylko właściwości innego systemu informatycznego (Optimed);

b. poświadczył nieprawdę w ramach kryterium „Cechy dodatkowe - Otwartość systemu HIS [Tabela nr 3], deklarując realizację poszczególnych cech dotyczących integracji systemu, ponieważ zgodnie z wiedzą posiadaną przez Odwołującego weryfikacja tych deklaracji powinna dać wynik negatywny.

Bezsprzecznym jest, że kryteria oceny ofert mogą się odnosić jedynie do przedmiotu Zamówienia, co wynika z m in. Z treści art. 91 ust. 2 Prawa zamówień publicznych Nie pozostawia w tej materii pola na dywagacje także treść art. 91 ust. 2c Prawa zamówień publicznych w brzmieniu: „Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia (...), które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, (...)”.

Potwierdza to, zdaniem Odwołującego, treść SIWZ, gdzie dla kryterium „Funkcjonalności Dodatkowe Systemu” Zamawiający formuluje zdanie „Zaprezentowane funkcjonalności dodatkowe Systemu stanowią również integralną część umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym, wszystkie dodatkowe zadeklarowane i potwierdzone w ramach prezentacji funkcjonalności systemu stanowią będą przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, że systemem informatycznym zaoferowanym przez Comarch w niniejszym Postępowaniu (funkcji określonych w Tabeli nr 1 i Tabeli nr 2) jest rozwiązanie prezentowane Zamawiającemu w trakcie badania próbki.

Pomimo tego, że Zamawiający nie żądał zamieszczenia w ofercie jednoznacznej informacji odnośnie do systemu, który oferują wykonawcy w obszarze systemu informatycznego (nazwy tego systemu), Odwołujący z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością wysuwa tezę, że prezentowanym i oferowanym przez Comarch rozwiązaniem informatycznym jest Optimed NXT. Jest to tzw. aplikacja webowa wykorzystująca jako interfejs użytkownika przeglądarkę internetową, co stanowiło wymóg bezwzględny stawiany oferowanym w Postępowaniu systemom:

Pkt 1.2.1 Opisu przedmiotu Zamówienia - wymagania ogólne dla HIS

1. Oferowany system HIS musi umożliwiać pracę w modelu trójwarstwowym (webowym) w rozumieniu określonym w wierszach poniżej, zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego.
2. HIS działa również w architekturze trójwarstwowej - rozumianej jako sytuacja, w której baza danych znajduje się na serwerze centralnym obsługującym zarządzanie i przetwarzanie danych, natomiast klientem jest przeglądarka internetowa (co najmniej: IE, Firefox) komunikująca się z użytkownikiem za pośrednictwem serwera aplikacji.

To, że systemem zaoferowanym przez Comarch w niniejszym Postępowaniu jest system Optimed NXT potwierdzają informacje na temat tego systemu zawarte na stronie Comarch: <http://www.comarch.pl/healthcare/produktv/comarch-optimed-nxt/>.

Bezspornie wynika to także z dokumentacji użytkownika systemu Optimed NXT.

Na potwierdzenie powyższych okoliczności dobitnie, zdaniem Odwołującego, wskazuje treść punktu: „I.Opis aplikacji

Optimed NXT jest systemem, którego działanie jest oparte na przeglądarce internetowej. Zaleca się utworzenie na pulpicie skrótu, po którego kliknięciu wyświetli się strona logowania do Optimed NXT.”

Wiedza w tym obszarze jest dosyć powszechna, a z całą pewnością nie można posądzić o jej brak Zmawiającego. Jako podmiot, który sam eksploatuje poprzedni system Comarch tj. Optimed musi posiadać kompetencje wystarczające do stwierdzenia, że jest to inne rozwiązanie informatyczne. System Optimed jest bowiem innym narzędziem informatycznym, zaprojektowanym ponad dekadę temu przez spółkę EsaProjekt, pozyskany przez Comarch wraz jej przejęciem.

Różnice pomiędzy systemem Optimed oraz Optimed NXT są więc oczywiste. Bardziej szczegółowa analiza nie pozostawia w tej kwestii wątpliwości, ponieważ systemy te różnią się od siebie w wielu istotnych obszarach:

- a. w inny sposób zrealizowany jest podział na bloki funkcjonalne (aplikacje);
- b. zbiór procesów biznesowych realizowany przez w/w systemy nie jest identyczny;
- c. interfejs użytkownika służący do ewidencji danych jest zrealizowany w sposób odmienny;
 - formularze do ewidencji tych samych danych są zbudowane i prezentowane użytkownikowi inaczej;
 - układ, rodzaj i zawartość pól, logika ich działania, mechanizmy walidacji
- d. występuje fundamentalna różnica w narzędziach programistycznych, w których opracowano oba systemy informatyczne. System Optimed jest bowiem wykonany w narzędziu Oracle Forms, który od lat nie jest przez producenta tych narzędzi wspierany i nie jest możliwe z ich wykorzystaniem opracowanie aplikacji w technologii trój warstwowej („webowej”), ponieważ narzędzie to założenia nie oferowało takiej funkcjonalności.

Z powyższego wynika zatem, że deklaracje przedłożone przez Comarch w obszarze kryterium „Cechy dodatkowe - Otwartość systemu HIS - Tabela nr 3” nie odnoszą się przynajmniej w części do zaoferowanego w Postępowaniu systemu Optimed NXT, tylko do systemu Optimed. Celem takiego działania było uzyskanie przez Comarch dodatkowych punktów w rankingu ofert, co ostatecznie pozwoliło Comarch na zajęcie pierwszego miejsca w Postępowaniu. Comarch, na skutek lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa, wprowadził tym samym w błąd Zamawiającego, co miało istotny wpływ na podjętą przez niego decyzję dotyczącą przyznania Comarch dodatkowych punktów w kryterium „Cechy dodatkowe - Otwartość systemu HIS - Tabela nr 3” (bez podania tych informacji Comarch nie uzyskałby dodatkowych punktów).

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje także, iż wprowadzenie w błąd Zamawiającego polegało na tym, że, zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, niektóre z deklaracji zawartych przez Comarch w Tabeli nr 3 nie znajdują potwierdzenia u zadeklarowanych klientów. Odwołujący nie ma niestety pewności co do grona tych klientów, ponieważ Comarch swoją ofertę w tym obszarze zastrzegł (w opinii Odwołującego bezzasadnie - czego dowodzimy w dalszej części niniejszego Odwołania). Odwołujący z dużym prawdopodobieństwem potrafi to jednak określić z dwóch powodów: faktu, że zdecydowana większość projektów Comarch ma miejsce w placówkach publicznych, których OPZ są ogólnie dostępne oraz faktu piastowania we władzach Odwołującego funkcji prezesa przez wieloletniego współudziałowca ESAProjekt, później pracownika zarządzającego w Comarch obszarem Zdrowie (wyniesionym z czasem do spółki Comarch Healthcare).

Z powodów, o których mowa powyżej Zamawiający powinien wykluczyć Comarch z Postępowania ze względu na spełnienie przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych Stanowi o tym wyraźnie także sam SIWZ (Załącznik nr 2a), w którym Zamawiający przedstawił przez Wykonawcę informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego mających istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie niniejszego Zamówienia, w szczególności nie potwierdzenie w trakcie demonstracji oświadczeń złożonych w ofercie wykonawcy, co do właściwości (w tym funkcjonalności) oferowanego ZSI, skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawa zamówień publicznych, niezależnie od innych skutków przewidzianych prawem.

Należy przy tym stwierdzić, że źródłem obowiązku wykluczenia Comarch z Postępowania nie jest w tym przypadku sama treść SIWZ, lecz obligatoryjna i bezwzględnie wiążąca przesłanka wykluczenia ustanowiona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych, której treść nie

może być modyfikowana przez Zamawiającego np. poprzez postanowienia SIWZ lub wyjaśnienia treści SIWZ.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, że nawet w przypadku, gdyby zarzut dotyczący wprowadzenia Zamawiającego w błąd nie został uznany (czego konsekwencją byłby brak wykluczenia Comarch z Postępowania) – z czym odwołujący ze względów, o których mowa powyżej zdecydowanie się nie zgadza, to i tak negatywna weryfikacja przez Zamawiającego danych podanych przez Comarch w Tabeli nr 3 powinna skutkować odjęciem Comarch punktów, czego konsekwencją byłoby zajęcie przez Comarch drugiego miejsca w rankingu ofert. Tym samym za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Zaniechanie odrzucenia oferty Comarch ze względu na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

W nawiązaniu do kwestii, o których mowa powyżej, z ostrożności procesowej, Odwołujący pragnie także wskazać, iż działanie Comarch polegające na wprowadzeniu w błąd Zamawiającego co do cech dodatkowych zaoferowanego systemu (Tabela nr 3) może również zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Z tego względu oferta Comarch powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych

W tym kontekście Odwołujący wskazywał, że z okoliczności sprawy wynika, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez Comarch nie było powodowane wyłącznie lekkomyślnością lub niedbalstwem, lecz miało charakter intencjonalny - Comarch w Tabeli nr 3 celowo i świadomie przedstawił bowiem błędne informacje w celu uzyskania dodatkowych punktów w rankingu ofert. Wskazują na to jednoznacznie pytania kierowane do Zamawiającego na etapie składania ofert, w których pytano wprost o konsekwencje takiego działania wykonawcy. W ten sposób chciano uzyskać swego rodzaju „gwarancję”, na wypadek przedłożenia nieprawdziwych informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego. Jakikolwiek zapewnienia Zamawiającego w tym względzie nie wpływają jednak na zmianę kwalifikacji takiego działania, jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych lub w najlepszym razie jako czynu stypizowanego w art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych Cytowane przepisy mają bowiem charakter bezwzględnie wiążący i nie mogą być modyfikowane przez jakiegokolwiek postanowienia lub oświadczenia Zamawiającego.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 i 2 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest zaś rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie (dot. m.in. wytwarzanych towarów lub świadczonych usług), w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Należy zatem stwierdzić, iż skoro oferta Comarch zawiera nieprawdziwe informacje, to jej złożenie wypełnia przesłankę z art. 14 ust. 1 u.z.n.k., a tym samym powinna ona podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych

Zaniechanie wezwania Comarch do wyjaśnień odnośnie cech dodatkowych zaoferowanego systemu

W dalszej kolejności Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający zaniechał wezwania Comarch do wyjaśnień w zakresie cech dodatkowych zaoferowanego systemu, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych

Zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, Zamawiający miał istotne wątpliwości co do tego, czy system zaoferowany przez Comarch rzeczywiście posiada dodatkowe punktowane cechy, które zostały zaoferowane przez Comarch w Tabeli nr 3. W takiej sytuacji rzetelny Zamawiający powinien:

- a. przeprowadzić badanie z weryfikacją jaki system jest wdrożony;
- b. przeprowadzić badanie z weryfikacją czy to rozwiązanie działało na moment składania ofert (jednoznacznie stanowi o tym treść Załącznika 2a poprzedzająca Tabelę nr 3, w której Zamawiający używa sformułowania „jest eksploatowana”).

Zaniechanie wezwania Comarch do wyjaśnień treści złożonej oferty (której Tabela nr 3 Załącznika 2a jest integralną częścią) stanowi zatem naruszenie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący podnosił, że z treści art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wypływa nie tylko uprawnienie Zamawiającego do wyjaśnienia treści złożonej oferty, lecz także zobowiązanie do takiego działania w celu rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli zatem Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do oferty złożonej przez Comarch to był on zobligowany do wezwania Comarch do wyjaśnień. Kwestia podlegająca wyjaśnieniu (Tabela nr 3) bezpośrednio wpływała bowiem na ocenę oferty złożonej przez Comarch.

Zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wewnętrznego dokumentu Zamawiającego zawierającego informacje o rezultacie weryfikacji dokonanej przez Zamawiającego co do prawdziwości danych podanych przez Comarch w Tabeli nr 3 Załącznika nr 2a do SIWZ

Ponadto Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający bezzasadnie odmówił udostępnienia do wglądu Odwołującego wewnętrznego dokumentu, który zawiera informacje uzyskane podczas telefonicznych konsultacji (weryfikacji) przeprowadzonych przez Zamawiającego z podmiotami leczniczymi wskazanymi w Tabeli nr 3 Załącznika nr 2a, pomimo tego, że dokument taki został opracowany na potrzeby Postępowania - co potwierdził przedstawiciel Zamawiającego, Pan M. G. - oraz ma on charakter jawny. Dokument ten ma przy tym kluczowe znaczenie z punktu widzenia kwestii, o których była mowa już wcześniej - tj. wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Comarch co do spełniania przez oferowany przez niego system wymagań, określonych w Tabeli nr 3, za które Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty. Dokument ten wskazuje bowiem na to czy dane zawarte przez Comarch w Tabeli nr 3 są prawdziwe.

Przedmiotowy dokument powinien zostać udostępniony Odwołującemu jako załącznik do protokołu Postępowania. Stanowi o tym wyraźnie art. 96 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Jednocześnie, zgodnie z art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, protokół wraz z załącznikami jest jawny.

Skoro zatem dokument, o którym mowa powyżej, został wytworzony przez Zamawiającego na potrzeby Postępowania i znajduje się w jego aktach, powinien on zostać włączony do protokołu Postępowania jako jego załącznik oraz podlegać udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie Prawa zamówień publicznych Odmowa udostępnienia tego dokumentu przez Zamawiającego stanowi naruszenie zarówno art. 96 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych, jak i fundamentalnej dla systemu zamówień publicznych zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą wyraża art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych

Zaniechanie odtajnienia części oferty Comarch zastrzeżonej niezasadnie jako tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący podnosił, że zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu do wglądu oferty Comarch. W odpowiedzi na wniosek Odwołującego Zamawiający udostępnił mu jedynie część jawną oferty - str. 1-40 oraz str. 220, jako że w pozostałym zakresie - str. 41 - 219 - uznał on, że Comarch skutecznie zastrzegł ją jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to obejmuje w szczególności następujące części oferty Comarch:

- a. wykaz dostaw oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia;
- b. tabelę nr 3 Załącznika nr 2a do SIWZ - Cechy punktowane - otwartość HIS;
- c. wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia;
- d. dokumenty dotyczące podmiotów trzecich;
- e. polisa ubezpieczeniowa;
- f. opis oferowanego rozwiązania.

Zdaniem Odwołującego, należy uznać, że przynajmniej część z ww. informacji nie spełnia przesłanek warunkujących możliwość zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa Comarch. Odmowę udostępnienia tych informacji Odwołującemu należy zatem uznać za bezzasadną.

Dotyczy to w szczególności informacji zawartych w wykazie dostaw (będącym uzupełnieniem części IV sekcji C pkt Ib formularza JEDZ) oraz w Tabeli nr 3 - Cechy punktowane - otwartość HIS (oraz pozostałych dokumentów, które się do nich odnoszą), a które przynajmniej w części mają charakter jawny - odnoszą się bowiem do dostaw realizowanych na rzecz jednostek sektora publicznego, do których dostęp można uzyskać w trybie dostępu do informacji publicznej.

Jawność postępowania jest jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych, a zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi jedynie wyjątek od tej zasady. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., 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: (i) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, (ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Jedną z przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest zatem to, aby dana informacja nie była powszechnie dostępna oraz nigdy nie była ujawniana do publicznej wiadomości.

Tymczasem, tak jak zostało to zasygnalizowane powyżej, w rozdziale XIII pkt 1.2 SIWZ Zamawiający wymagał m.in., aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał prace (usługi) polegające na zrealizowaniu dla jednostki sektora publicznego zamówienia o wartości minimum 400 000,00 zł brutto, którego przedmiotem była dostawa i wdrożenie elektronicznego obiegu dokumentów wraz z elektroniczną skrzynką podawczą oraz integracją z systemem ERP. Informacja o dostawach realizowanych na rzecz jednostek sektora publicznego, ze względu na swój jawny charakter nie może zatem zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

To samo dotyczy informacji zawartych w Tabeli nr 3 - Cechy punktowane - otwartość HIS. Zgodnie bowiem z treścią Załącznika 2a do SIWZ pkt 1.3, w kolumnach Tabeli nr 3 należało określić czy oferowane oprogramowanie spełnia wymogi określone w tej Tabeli oraz podać nazwę podmiotu leczniczego, w którym instalacja obejmująca integrację jest eksploatowana oraz dane osoby reprezentującej ten podmiot leczniczy, od której Zamawiający będzie mógł uzyskać informacje w przedmiocie integracji. Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można zatem stwierdzić, że informacje ujęte w Tabeli nr 3 mają charakter jawny oraz są powszechnie dostępne. Dotyczą bowiem dostaw realizowanych na rzecz podmiotów leczniczych, które co do zasady mają publiczny charakter. Informacje te nie mogą zatem zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Comarch.

Powyższych wniosków nie zmienia także fakt, iż dostawy na rzecz podmiotów publicznych ujęte w wykazie dostaw hipotetycznie mogły być realizowane przez podmioty trzecie używające Comarch swój potencjał. W żaden sposób nie wpływa to bowiem na charakter zastrzeżonej informacji - w dalszym ciągu ma ona charakter powszechny i jawny (dostęp do niej można uzyskać w legalny sposób np. - poprzez dostęp do informacji publicznej), co oznacza, iż kryteria określone w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. nie zostały spełnione. Kwestia ta i tak nie dotyczy natomiast danych zawartych w Tabeli nr 3. W tym bowiem zakresie Comarch nie mógł opierać się na

potencjale podmiotów trzecich - informacje zawarte w tej Tabeli dotyczą systemu oferowanego przez Comarch.

Odwołujący podnosił, iż zakres informacji zastrzeżonych przez Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa jest bardzo rozległy - cała oferta liczy 220 stron z czego strony od 41 do 219 zostały zastrzeżone jako niejawne. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie może bezrefleksyjnie uznawać zastrzeżenia całych stron oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą bowiem podlegać jedynie konkretne informacje, które spełniają wszystkie przesłanki wymagane dla zastosowania wyjątku ograniczającego zasadę jawności postępowania.

Mając na uwadze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący wskazywał, że nie można również uznać za skuteczne zastrzeżenie jawności oferty wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uznanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia za skuteczne stanowi naruszenie nie tylko zasady jawności postępowania, tj. art. 8 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych, ale także zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienie czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu oraz unieważnienie czynności wyboru oferty Comarch jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- b. przeprowadzenie dowodu z wewnętrznego dokumentu Zamawiającego zawierającego informacje o rezultacie weryfikacji dokonanej przez Zamawiającego co do prawdziwości danych podanych przez Comarch w Tabeli nr 3 Załącznika nr 2a do SIWZ
- c. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia części oferty Comarch bezzasadnie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności wykazu dostaw złożonego przez Comarch wraz z ofertą oraz Tabeli nr 3 Załącznika nr 2a do SIWZ - Cechy punktowane - otwartość HIS;
- d. wezwanie Comarch do wyjaśnień w zakresie cech dodatkowych systemu zaoferowanych przez Comarch;
- e. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu, wykluczenia Comarch z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty;

f. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Comarch Healthcare spółka akcyjna w Krakowie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

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

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Kryteria oceny ofert przyjęte przez Zamawiającego oraz ich waga procentowa kształtowały się w następujący sposób: Cena 40%, Serwis Gwarancyjny 10%, Funkcjonalności Dodatkowe Systemu (Funkcje Punktowane - Załącznik nr 2a do SIWZ, Tabela nr 2) 30%, Cechy Dodatkowe Systemu (Cechy Punktowane - Załącznik nr 2a do SIWZ, Tabela nr 3) 20%.

2. Zgodnie z rozdziałem XXIV ppkt 1.3 SIWZ obowiązującej w Postępowaniu, w ramach kryterium „Funkcjonalności Dodatkowe Systemu” ocenie podlegają prezentacje Funkcji Punktowanych zadeklarowanych przez wykonawcę i przedstawionych w złożonej ofercie zgodnie z załącznikiem nr 2a do SIWZ (Tabela nr 2). Prezentacje Funkcji Punktowanych przeprowadzane są zgodnie z zasadami określonymi w tym załączniku.

3. Zgodnie z SIWZ, każda z zaprezentowanych Funkcji Punktowanych podlega weryfikacji przez Komisję Przetargową na zasadzie "jest-brak" (TAK/NIE). W przypadku pozytywnej weryfikacji danej funkcjonalności dodatkowej Komisja Przetargowa uznaje, że wymaganie zostało zaprezentowane i prezentacja wykazała jej spełnienie. W takim przypadku, wykonawca otrzymuje odpowiednią liczbą punktów za dane pozytywnie ocenione wymaganie, zgodnie z punktacją określoną w Załączniku nr 2a - Tabela nr 2 („Funkcje

Punktowane"). W przypadku negatywnej weryfikacji danego wymagania dodatkowego Komisja Przetargowa uznaje natomiast, że wymaganie nie zostało zaprezentowane lub prezentacja nie wykazała jego spełnienia. W takim przypadku, wykonawca nie otrzyma punktów za dane wymaganie.

4. W rozdziale XXIV ppkt 1.4 SIWZ, w zakresie kryterium „Cechy Dodatkowe Systemu”, Zamawiający przyznaje punkty za realizację jedynie w przypadku potwierdzenia wykonania integracji przez wykonawcę zgodnie z opisem zawartym w Tabeli nr 3 („Cechy Punktowane”), Załącznik nr 2a do SIWZ punkt 1.3 Otwartość systemu HIS.

Dowód: SIWZ obowiązująca w Postępowaniu w wersji z dnia 9 maja 2017 r. (Załącznik nr 5)

5. Zgodnie z pkt 16 Załącznika nr 2a do SIWZ, stwierdzenie w toku oceny ofert braku potwierdzenia przedłożonych informacji oczekiwanych w kolumnie „Sposób prezentacji wymogu” dowolnego wymogu zawartego w Tabeli nr 2 lub Tabeli nr 3 będzie skutkowało przyznaniu za ten wymóg zera punktów.

6. W pkt 17 Załącznika nr 2a do SIWZ, przedstawienie przez Wykonawcę informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego mających istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie niniejszego Zamówienia, w szczególności nie potwierdzenie w trakcie demonstracji oświadczeń złożonych w ofercie wykonawcy, co do właściwości (w tym funkcjonalności) oferowanego ZSI, skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawa zamówień publicznych, niezależnie od innych skutków przewidzianych prawem.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, w pierwszej kolejności Izba rozpatrywała zarzuty dotyczące niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z racji tego, że rozstrzygnięcie tych zarzutów, prowadzące do konieczności ujawnienia przez Zamawiającego informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa może mieć wpływ nie tylko na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ale i na zakres rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty Comarch (w szczególności informacji zawartych w wykazie dostaw oraz w Tabeli nr 3 Załącznika nr 2a do SIWZ), pomimo tego, iż informacje zastrzeżone przez Comarch nie spełniają przesłanek niezbędnych dla możliwości zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wewnętrznego dokumentu Zamawiającego, który zawiera informacje o rezultacie weryfikacji

dokonanej przez Zamawiającego co do prawdziwości danych podanych przez Comarch w Tabeli nr 3 Załącznika nr 2a do SIWZ, podczas gdy dokument ten ma charakter jawny, ponieważ stanowi załącznik do protokołu Postępowania.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., 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: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Comarch obejmowało następujące części oferty Comarch: wykaz dostaw oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia; tabela nr 3 Załącznika nr 2a do SIWZ - Cechy punktowane - otwartość HIS; wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia; dokumenty dotyczące podmiotów trzecich; polisa ubezpieczeniowa; opis oferowanego rozwiązania.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia części oferty Comarch bezzasadnie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, a mianowicie wykazu dostaw złożonego przez Comarch wraz ofertą oraz Tabeli nr 3 Załącznika nr 2a do SIWZ - Cechy punktowane - otwartość HIS. Izba uznała tak sformułowane żądanie za słuszne, a ponadto nakazała odtajnienie wewnętrznego dokumentu Zamawiającego zawierającego informacje o rezultacie weryfikacji dokonanej przez Zamawiającego co do prawdziwości danych podanych przez Comarch w Tabeli nr 3 Załącznika nr 2a do SIWZ.

Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołujący w zakresie podniesionego zarzutu. Dokumenty, o których ujawnienie wnioskował Odwołujący, nie spełniają wymienionych wyżej przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający w rozdziale XIII pkt 1.2 SIWZ Zamawiający wymagał m.in., aby wykonawca ubiegający się o udzielenie Zamówienia wykazał, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał prace (usługi) polegające na zrealizowaniu dla jednostki sektora publicznego zamówienia o wartości minimum 400 000,00 zł brutto, którego przedmiotem była dostawa i wdrożenie elektronicznego obiegu dokumentów wraz z elektroniczną skrzynką podawczą oraz integracją z systemem ERP. Zatem już z samego opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikało, że wykaz dostaw winien obejmować dostawy wykonane na rzecz „sektora publicznego”. Rację więc miał Odwołujący, argumentując, że informacja

o dostawach realizowanych na rzecz jednostek sektora publicznego, ze względu na swój jawny charakter nie może zatem zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Powyższe spostrzeżenie dotyczy również informacji zawartych w Tabeli nr 3 - Cechy punktowane - otwartość HIS. Zgodnie bowiem z treścią Załącznika 2a do SIWZ pkt 1.3, w kolumnach Tabeli nr 3 należało określić, czy oferowane oprogramowanie spełnia wymogi określone w tej Tabeli oraz podać nazwę podmiotu leczniczego, w którym instalacja obejmująca integrację jest eksploatowana oraz dane osoby reprezentującej ten podmiot leczniczy, od której Zamawiający będzie mógł uzyskać informacje w przedmiocie integracji. Izba w Tabeli nr 3 Przystępującego nie dopatrzyła się żadnych elementów, podlegających ochronie: informacje ujęte w Tabeli nr 3 mają charakter jawny oraz są powszechnie dostępne, dotyczą dostaw realizowanych na rzecz podmiotów leczniczych, które co do zasady mają publiczny charakter.

Wykaz dostaw, będący uzupełnieniem części IV sekcji C pkt Ib formularza JEDZ oraz informacje zawarte w Tabeli nr 3, obejmują dane o dostawach realizowanych na rzecz jednostek sektora publicznego, do których dostęp można uzyskać w trybie dostępu do informacji publicznej.

Odwołujący trafnie zauważał, że jawność postępowania jest jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych, a zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi jedynie wyjątek od tej zasady. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie składu orzekającego Przystępujący nie spełnił obu tych przesłanek.

Zamawiający w rozdziale XIII pkt 1.2 SIWZ Zamawiający wymagał m.in., aby wykonawca ubiegający się o udzielenie Zamówienia wykazał, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał prace (usługi) polegające na zrealizowaniu dla jednostki sektora publicznego zamówienia o wartości minimum 400 000,00 zł brutto, którego przedmiotem była dostawa i wdrożenie elektronicznego obiegu dokumentów wraz z elektroniczną skrzynką podawczą oraz integracją z systemem ERP. Zatem już z samego opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikało, że wykaz dostaw winien obejmować dostawy wykonane na rzecz „sektora publicznego”. Rację więc miał Odwołujący, argumentując, że informacja o dostawach realizowanych na rzecz jednostek sektora publicznego, ze względu na swój jawny charakter nie może zatem zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Powyższe spostrzeżenie dotyczy również informacji zawartych w Tabeli nr 3 - Cechy punktowane - otwartość HIS. Zgodnie bowiem z treścią Załącznika 2a do SIWZ pkt 1.3, w kolumnach Tabeli nr 3 należało określić, czy oferowane oprogramowanie spełnia wymogi określone w tej Tabeli oraz podać nazwę podmiotu leczniczego, w którym instalacja obejmująca integrację jest eksploatowana oraz dane osoby reprezentującej ten podmiot leczniczy, od której Zamawiający będzie mógł uzyskać informacje w przedmiocie integracji. Izba w Tabeli nr 3 Przystępującego nie dopatrzyła się żadnych elementów, podlegających ochronie: informacje ujęte w Tabeli nr 3 mają charakter jawny oraz są powszechnie dostępne, dotyczą dostaw realizowanych na rzecz podmiotów leczniczych, które co do zasady mają publiczny charakter. Informacje te nie mogą zatem zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Comarch.

Rację miał również Odwołujący podnosząc, że na ocenę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wpływa okoliczność, że dostawy na rzecz podmiotów publicznych ujęte w wykazie dostaw mogły być realizowane przez podmioty trzecie użyczające Comarch swój potencjał. W żaden sposób nie wpływa to bowiem na charakter zastrzeżonej informacji - w dalszym ciągu ma ona charakter powszechny i jawny (dostęp do niej można uzyskać w legalny sposób np. - poprzez dostęp do informacji publicznej), co oznacza, iż kryteria określone w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. nie zostały spełnione. Kwestia ta i tak nie dotyczy natomiast danych zawartych w Tabeli nr 3. W tym bowiem zakresie Comarch nie mógł opierać się na potencjale podmiotów trzecich - informacje zawarte w tej Tabeli dotyczą systemu oferowanego przez Comarch.

Izba również uznała, że Zamawiający bezzasadnie odmówił udostępnienia do wglądu Odwołującemu dokumentu, który zawiera informacje uzyskane podczas telefonicznych konsultacji (weryfikacji) przeprowadzonych przez Zamawiającego z podmiotami leczniczymi wskazanymi w Tabeli nr 3 Załącznika nr 2a.

Zrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, że skoro uznał, że Tabela nr 3 podlega utajnieniu, to konsekwentnie nie ujawniał również protokołu z weryfikacji informacji zawartych w tej tabeli. Jednak skoro Izba stwierdziła, że dane zawarte w Tabeli nr 3 podlegają ujawnieniu, to nie ma również powodów, aby ochroną przed ujawnieniem obejmować protokół z weryfikacji tych informacji. W konsekwencji przedmiotowy dokument powinien zostać udostępniony Odwołującemu jako załącznik do protokołu. Stanowi o tym wyraźnie art. 96 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz

umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Jednocześnie, zgodnie z art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, protokół wraz z załącznikami jest jawny.

Dlatego Izba nakazała odtajnienie informacji zawartych w wykazie dostaw oraz tabeli nr 3 załącznika 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz udostępnienie Odwołującemu wewnętrznego dokumentu, zawierającego informacje o rezultacie weryfikacji dokonanej przez Zamawiającego co do prawdziwości danych podanych przez Przystępującego w tabeli nr 3 załącznika 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Comarch z Postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo tego, iż w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa Comarch przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie cech dodatkowych, które posiada system zaoferowany przez Comarch, które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu (oraz w konsekwencji podnoszony zarzut zaniechania odrzucenia oferty Comarch ze względu na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji)

Zdaniem Odwołującego Comarch w przedłożonej przez siebie ofercie wprowadził Zamawiającego w błąd w ten sposób, że nie opisał w ramach kryterium „Cechy dodatkowe - Otwartość systemu HIS [Tabela nr 3]” cech przedmiotu zamówienia, który zaoferował w Postępowaniu (Optimed NXT) tylko właściwości innego systemu informatycznego (Optimed).

Zarzut odwołania w tym zakresie nie potwierdził się, ponieważ Zamawiający oświadczył na rozprawie do protokołu, że miał świadomość powyższego. Jeżeli Zamawiający zdawał sobie sprawę, że Przystępujący opisał w Tabeli nr 3 w ramach kryterium „Cechy dodatkowe - Otwartość systemu HIS” cechy przedmiotu zamówienia, który zaoferował w Postępowaniu (Optimed NXT) tylko właściwości innego systemu informatycznego (Optimed), to nie doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Odwołujący argumentację w tym zakresie opierał na założeniu, że Optimed i Optimed NXT to dwa różne systemy, i w tym zakresie wnosił o powołanie biegłego. Izba nie powołała biegłego na ustalenie tej okoliczności, m.in. z tego powodu, że Zamawiający wprost do protokołu oświadczył, że „oprogramowanie Optimed i Optimed NXT to dwa różne systemy”. W konsekwencji w okolicznościach niniejszej sprawy nie mógł potwierdzić się zarzut wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez podanie cech dodatkowych innego systemu, niż oferowany.

Odwołujący podnosił również, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego polegało na tym, że, „zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, niektóre z deklaracji zawartych przez Comarch w Tabeli nr 3 nie znajdują potwierdzenia u zadeklarowanych klientów. Odwołujący nie ma niestety pewności co do grona tych klientów, ponieważ Comarch swoją ofertę w tym obszarze zastrzegł (w opinii Odwołującego bezzasadnie-czego dowodzimy w dalszej części niniejszego Odwołania). Odwołujący z dużym prawdopodobieństwem potrafi to jednak określić z dwóch powodów. Faktu, że zdecydowana większość projektów Comarch ma miejsce w placówkach publicznych, których OPZ są ogólnie dostępne oraz faktu piastowania we władzach Odwołującego funkcji prezesa przez wieloletniego współdziałowca ESAProjekt, później pracownika zarządzającego w Comarch obszarem Zdrowie (wyniesionym z czasem do spółki Comarch Healthcare).” W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił jednak w odwołaniu, w ramach podstawy faktycznej zarzutu, żadnych okoliczności, które przemawiałyby za potwierdzeniem się tak sformułowanych zastrzeżeń. Można założyć, że na przeszkodzie skonkretyzowaniu podstawy faktycznej – które konkretnie informacje są niezgodne z rzeczywistością i wprowadzały Zamawiającego w błąd – stał fakt, że Odwołujący nie znał treści deklaracji Przystępującego, ponieważ pozostawały one utajnione. Zatem Izba nie uwzględniła zarzutu w tym zakresie. Powyższe w ocenie składu orzekającego nie tamuje Odwołującemu możliwości podnoszenia skonkretyzowanych zarzutów po ujawnieniu mu treści dokumentów dotychczas zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Na marginesie należy zauważyć, że Izba w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie rozstrzygała kwestii, czy akceptacja przez Zamawiającego faktu, że Optimed i Optimed NXT to dwa różne systemy była zgodna z postanowieniami SIWZ, ponieważ zagadnienie to nie było objęte treścią zarzutów odwołania.

Izba również uwzględniła zarzut zaniechania wezwania Comarch do wyjaśnień odnośnie cech dodatkowych zaaferowanego systemu, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że wobec wątpliwości co do deklaracji odnośnie zaoferowanych cech dodatkowych systemu, Zamawiający powinien przeprowadzić badanie z weryfikacją, jaki system jest wdrożony oraz przeprowadzić badanie z weryfikacją, czy to rozwiązanie działało na moment składania ofert (zgodnie z treścią Załącznika 2a poprzedzająca Tabelę nr 3, w której Zamawiający używa sformułowania „jest eksploatowana”).

Zaniechanie wezwania Comarch do wyjaśnień treści złożonej oferty (której Tabela nr 3 Załącznika 2a jest integralną częścią) stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień

publicznych. W niniejszym postępowaniu stało się to konieczne wobec zarzutów zgłaszanych przez Odwołujący w odwołaniu – konieczne jest ustalenie, jakie cechy jakiego systemu zostały zadeklarowane. W konsekwencji Izba nakazała wezwanie Przystępującego do wyjaśnień odnośnie zaoferowanych cech dodatkowych systemu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....