

**Sygn. akt: KIO 2765/12**

**WYROK**  
**z dnia 31 grudnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 grudnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2012 r. przez **wykonawcę Systemy Informatyczne Alma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Hodowlana 5** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zespół Opieki Zdrowotnej w Ostrowcu Świętokrzyskim, ul. Szymanowskiego 11**

przy udziale wykonawcy **Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 41G** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2765/12 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie zaniechanej czynności zapewnienia odwołującemu dostępu do informacji zawartych w ofercie Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 41G w następującym zakresie :
  - załączniki nr 5A i 5B w części, w jakiej obejmują kolumnę 1, 2, 3 i 4 w odniesieniu do wymagań, gdzie w kolumnie nr 3 zamawiający zadeklarował „TAK”,
  - załącznik nr 5C w części, jakiej obejmuje informacje dotyczące producenta, modelu, minimalnych parametrów oraz deklaracji TAK/NIE wykonawcy,
  - dokumentów :
    - a. Certyfikat ISO 9001 dla producenta zestawów komputerowych,
    - b. Deklaracja CE dla producenta zestawów komputerowych,
    - c. Certyfikat ISO 9001:2008 firmy świadczącej usługi serwisowe dla zestawów komputerowych,
    - d. Certyfikat ISO 9001 oraz ISO 14001 dla serwera bazodanowego oferowanego w postępowaniu,

- e. Deklaracja CE dla serwera bazodanowego oferowanego w postępowaniu,
- f. Certyfikat ISO 9001 oraz ISO 14001 dla serwera aplikacyjnego oferowanego w postępowaniu,
- g. Deklaracja CE dla serwera aplikacyjnego oferowanego w postępowaniu,
- h. Certyfikat ISO 9001:2008 dla firmy serwisującej serwer aplikacyjny oferowany w postępowaniu,
- i. Dokument potwierdzający autoryzację producenta serwera aplikacyjnego dla firmy serwisującej,
- j. Oświadczenie producenta serwera, że w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej serwer aplikacyjny, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.

2. kosztami postępowania obciąża **Zespół Opieki Zdrowotnej w Ostrowcu Świętokrzyskim, ul. Szymanowskiego 11** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Systemy Informatyczne Alma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Hodowlana 5** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zespołu Opieki Zdrowotnej w Ostrowcu Świętokrzyskim, ul. Szymanowskiego 11** na rzecz **wykonawcy Systemy Informatyczne Alma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Hodowlana 5** kwotę **15 000 zł. 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów uiszczzonego wpisu.

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

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego dla Zespołu Opieki Zdrowotnej w Ostrowcu Świętokrzyskim zostało wszczęte przez zamawiającego Zespół Opieki Zdrowotnej w Ostrowcu Świętokrzyskim, ul. Szymanowskiego 11 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 września 2012r. za numerem 2012/S 184-302493.

W dniu 5 grudnia 2012r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej – Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 41G – dalej Comarch, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Systemy Informatyczne Alma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Hodowlana 5 – dalej odwołujący.

W dniu 14 grudnia 2012r. odwołanie wniósł odwołujący na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie udostępnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez zaniechanie udostępnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Comarch z postępowania,
3. art. 89 ust. 1 pkt 1), 2), 3), 4) i 6) ustawy (w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy oraz art. 3 ustawy o cenach i art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim i art. 2 ust. 2 ustawy o denominacji złotego) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, a w konsekwencji
4. art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą oraz ewentualnie
5. naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 ustawy, gdyby zamawiający nie skierował do Comarch wniosku o wyjaśnienia ceny, lub gdyby Comarch nie udzielił wymaganych wyjaśnień.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- udostępnienia informacji zastrzeżonych przez Comarch,
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenia Comarch z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący wskazał, że oferta odwołującego została w postępowaniu sklasyfikowana na drugim miejscu po ofercie Comarch. W ocenie odwołującego, bezpodstawny wybór oferty Comarch jako najkorzystniejszej oraz odmowa dostępu do dokumentów złożonych w postępowaniu przez Comarch uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia, co dowodzi naruszenia interesu oraz szkody odwołującego i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i nast. ustawy, a w szczególności do wniesienia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący podniósł, że w dniu 31.10.2012r., tj. w dniu otwarcia ofert, działając na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy, wystąpił do zamawiającego o udostępnienie oferty Comarch. Zamawiający udostępnił odwołującemu ofertę Comarch w części nieobjętej przez Comarch tajemnicą przedsiębiorstwa.

Po zapoznaniu się z częścią jawną oferty Comarch, odwołujący stwierdził, że wykonawca ten zastrzegł dokumenty, które nie wypełniają przesłanek pozwalających uznać je za dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, albo że w ofercie nie zostały przedłożone wszystkie dokumenty wymagane przez zamawiającego w SIWZ. W związku z powyższym, pismem z dnia 09.11.2012r., odwołujący zwrócił się do zamawiającego o przekazanie kopii dokumentów, które zostały przez Comarch utajnione, a w odniesieniu do których, w ocenie odwołującego, nie zachodzi przesłanka tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zwrócił się także o udostępnienie korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a Comarch w związku z badaniem i oceną jego oferty.

Zamawiający nie udostępnił odwołującemu przedmiotowych dokumentów, ani też nie udzielił odpowiedzi na wniosek z dnia 09.11.2012r.

W związku z faktem, iż w dniu 04.12.2012r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zdaniem odwołującego uznać należy, iż z dniem tym zamawiający odmówił odwołującemu wglądu do oferty Comarch w części bezpodstawnie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także do korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z Comarch.

Odwołujący zauważył, że zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (na poparcie swego stanowiska powołał - Uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005r., sygn. akt III CZP 74/05).

Ponieważ do dnia 04.12.2012r. (ani później) zamawiający nie przekazał odwołującemu żądanych informacji, zdaniem odwołującego uznać należy, iż w dniu tym odwołujący powziął wiadomość o podjęciu przez zamawiającego decyzji o nieodtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Comarch, a tym samym o ograniczeniu odwołującemu dostępu informacji związanych z postępowaniem. Z tym też dniem rozpoczął dla odwołującego bieg terminu na wniesienie odwołania na zaniechanie odtajnienia oferty Comarch (wskazał na wyrok KIO 1188/12)

Ograniczenie przez zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w ocenie odwołującego, może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą (art. 8 ust. 2). W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.), dalej „ustawa znk”. Ustawa znk definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa w art. 11 pkt 4. Odwołujący podniósł, iż przesłanki z art. 11 ust.4 znk nie zachodzą w odniesieniu do następujących dokumentów:

1. Wykaz zamówień (część niejawna) i Wykaz Osób oraz
  - a. certyfikat Prince 2 lub równoważny dla Kierownika Projektu oraz 10 Specjalistów ds. wdrożeń oprogramowania aplikacyjnego,
  - b. certyfikaty Specjalisty baz danych potwierdzający odbycie szkoleń z zakresu bazy danych oferowanej w postępowaniu.
2. Zakres jakościowy SIM określony w załączniku 5A do SIWZ,
3. Zakres jakościowy ERP określony w załączniku nr 5B do SIWZ,
4. Zakres jakościowy oferowanej infrastruktury określony w załączniku 5C do SIWZ wraz z wymaganymi w nim dokumentami:
  - a. Certyfikat ISO 9001 dla producenta zestawów komputerowych,
  - b. Deklaracja CE dla producenta zestawów komputerowych,
  - c. Certyfikat ISO 9001:2008 firmy świadczącej usługi serwisowe dla zestawów komputerowych,
  - d. Oświadczenie Producenta lub Autoryzowanego Partnera serwisowego potwierdzające, że Serwis zestawów komputerowych będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera,
  - e. Oświadczenie producenta komputera, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem,
  - f. Oświadczenie producenta o głośności jednostki centralnej mierzonej zgodnie z ISO 7779 oraz wykazanej zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji operatora w trybie pracy dysku twardego (WORK) wynosi maksymalnie 26dB,

- g. Oświadczenie oficjalnego dystrybutora klawiatur z wbudowanym czytnikiem OCR na rynku Polskim, potwierdzające integrację z systemem HIS oferowanym przez Wykonawcę,
- h. Certyfikat ISO 9001 oraz ISO 14001 dla serwera bazodanowego oferowanego w postępowaniu,
- i. Deklaracja CE dla serwera bazodanowego oferowanego w postępowaniu,
- j. Certyfikat ISO 9001 oraz ISO 14001 dla serwera aplikacyjnego oferowanego w postępowaniu,
- k. Deklaracja CE dla serwera aplikacyjnego oferowanego w postępowaniu,
- l. Certyfikat ISO 9001:2008 dla firmy serwisującej serwer aplikacyjny oferowany w postępowaniu,
- m. Dokument potwierdzający autoryzację producenta serwera aplikacyjnego dla firmy serwisującej, n. Oświadczenie producenta serwera, że w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej serwer aplikacyjny, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.

Odwołujący wskazał, że w wyroku o sygn. akt 1016/12 KIO stwierdziło, że „informacje wynikające z Wykazu wykonanych robót oraz z Wykazu osób nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa, gdyż mieszczą się one przede wszystkim w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza w konsekwencji, co do zasady, możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności w całości.”

Odwołujący podnosił, iż zgodnie z wymogami SIWZ (pkt 7.3) wykaz osób miał zawierać informacje dotyczące doświadczenia tych osób m.in. w realizacji wdrażania systemów informatycznych w ochronie zdrowia. Jednostki ochrony zdrowia są w większości podmiotami zobowiązanymi do stosowania ustawy. Realizacja kontraktów w takich jednostkach jest zatem jawna. Comarch dokonując zastrzeżenia odnośnie wszystkich informacji zawartych w wykazie uczynił to z naruszeniem przepisów, bowiem informacje dotyczące zarówno kwalifikacji danej osoby, jak i jej doświadczenia są - co najmniej w zakresie realizacji kontraktów publicznych - informacjami z natury jawnymi.

Jednak, nawet w zakresie realizacji kontraktów niepublicznych, należy podnieść, iż za informację obiektywnie poufną mogłaby być uznana informacja związana z kompletowaniem zespołu specjalistów tj. informacja o osobach z którymi prowadzi się negocjacje - na etapie przed złożeniem oferty. Jak zaś wskazuje KIO w cyt. wyżej wyroku o sygn. akt 1016/12 „Z chwilą złożenia oferty - zdaniem Izby - nie jest możliwe kwalifikowanie listy kandydatów, którzy z chwilą wyboru oferty wykonawcy zostaną skierowani do realizacji zamówienia, jako zawierającej informacje poufne korzystające z takiej ochrony jak przewidziana dla tajemnicy przedsiębiorstwa i niepodlegającej ujawnieniu”.

Ponadto, jak wskazuje KIO w wyroku o sygn. akt 1014/12: „za okoliczność uzasadniającą tezę o wartości gospodarczej informacji nie może być uznany fakt, że odbiorca przedmiotowego zamówienia nie jest podmiotem publicznym. Status kontrahenta nie przesądza o możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o samym fakcie zrealizowania dostaw i usług oraz podstawowych informacji na temat kontraktu (takich jak wartość czy data wykonania)”.

W odniesieniu do wykazu doświadczenia zawartego w części niejawnej oferty - wobec utajnienia wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa przez Comarch – odwołujący przypuszcza, iż podstawą do objęcia informacji o tych zamówieniach był fakt ich realizacji na rzecz niepublicznych jednostek służby zdrowia (gdyby ujęte tam zamówienia były realizowane dla jednostek publicznych o istnieniu tajemnicy wykazu w tej części nie może być mowy). Ale, jak wskazano wyżej, sam fakt, realizacji określonego zamówienia na rzecz kontrahenta niepublicznego nie stanowi jeszcze wystarczającego argumentu dla uznania, iż informacje o takim zamówieniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do pozostałych dokumentów (ww. w pkt 2-4), Odwołujący wskazuje, iż nie są spełnione wobec nich przesłanki objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Przede wszystkim dokumenty te nie zawierają informacji mogących być uznanymi za indywidualnie dobrane rozwiązania lub stanowiące know-how Comarch. Należy zauważyć, iż zostały one złożone na potwierdzenie posiadania przez oferowane dostawy cech wymaganych i szczegółowo opisanych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania i znanych publicznie od wszczęcia postępowania.

Np. w odniesieniu do załączników 5A -C do SIWZ, wykonawcy byli zobligowani do dołączenia do oferty tabel, w których zamawiający wyspecyfikował wszystkie obligatoryjne (decydujące o ewentualnym odrzuceniu oferty) i fakultatywne (decydujące o przyznaniu pkt wg kryteriów oceny ofert) wymagania wobec sprzętu i oprogramowania, i w których wykonawcy potwierdzić mieli posiadanie bądź nie tych cech. Potwierdzenie/ zaprzeczenie nastąpić miało poprzez złożenie oświadczenia w postaci wpisania słowa TAK albo NIE w odpowiedniej kolumnie tej tabeli. Wykonawcy nie byli zobligowani do opisanie szczegółowych właściwości oferowanych produktów.

Oświadczenie wykonawcy - „TAK” produkt posiada wymagane właściwości - nie może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie odpowiada ono bowiem żadnej z przesłanek tej tajemnicy.

Należy także zauważyć, iż co najmniej w przypadku sprzętu (zał. 5C) właściwości oferowanych produktów nie są uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa przez ich producentów. O tych właściwościach informuje bowiem sam producent lub dystrybutorzy produktu jako o cechach decydujących o wyborze danego a nie innego produktu przez klienta (np. w odniesieniu do monitora takie parametry jak typ ekranu, kontrast,

rozdzielczość, itp. są informacjami które są dostępne dla każdego - nie tylko profesjonalisty - i ich uzyskanie nie wymaga podjęcia żadnych szczególnych środków).

Skoro zatem wskazane dokumenty zawierają informacje, które nie mają tak indywidualnych cech, by mogły być uznane za know-how Comarch, a jednocześnie są powszechnie dostępne, nie mogą być, w ocenie odwołującego, chronione na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy. Tym bardziej, iż zawierają one wyłącznie oświadczenie o posiadaniu (albo nie) przez oferowane produkty właściwości narzuconych przez zamawiającego.

Co więcej należy uznać, że sam Comarch doszedł do wniosku, iż zestawienie określonych produktów w ofercie nie wypełnia przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. W części jawnej oferty Comarch zawarł bowiem formularz ofertowy wymieniający oznaczone (poprzez wskazanie producenta/modelu) produkty oferowane Zamawiającemu. Jak zaś wskazano wyżej o właściwościach produktów oznaczonych z nazwy producenta i modelu (symbolu) można uzyskać informacje w prawie dozwolony sposób.

Tożsame, zdaniem odwołującego, wnioski dotyczą dokumentów wymienionych w pkt 4 a-n. Zawierają one informacje które nie są tajemnicą przedsiębiorstwa producenta lub dystrybutora produktów. Deklaracje CE, czy certyfikaty ISO są dokumentami dostępnymi, świadczącymi o wysokiej jakości produktu, dopuszczeniu do obrotu, lub spełnianiu określonych norm. Podobnie nie można uznać że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte oświadczenia producenta o autoryzacji firmy serwisującej czy przejęciu serwisu w razie niewywiązywania się z obowiązków przez firmę serwisową. Zwłaszcza, że Comarch nie zastrzegł oferty w części określającej producentów oferowanych produktów. Tym samym oczywistym jest, że np. w odniesieniu do serwerów aplikacyjnych oferowanych przez Comarch odpowiednie oświadczenia (o treści wymaganej przez zamawiającego) powinna złożyć firma IBM (pkt 10 formularza ofertowego).

W tej sytuacji wedle odwołującego, nie sposób ocenić działania Comarch inaczej niż jako próbę utrudnienia zweryfikowania przez konkurentów spełnienia przez Comarch warunków udziału w postępowaniu, zgodności zaoferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego, a także uniemożliwienie dokonania oceny poprawności zadeklarowanych w ofercie parametrów podlegających ocenie.

Odwołujący podniósł, że zastrzeżenie tajemnicy w wybranej ofercie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt 331/12, wyroku KIO o sygn. akt KIO 100/12

Odwołujący podniósł także, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy odmawiając odwołującemu dostępu do korespondencji pomiędzy zamawiającym a Comarch, w tym w



szczegółności tej korespondencji, która dotyczyła części jawnej oferty (ewentualne wezwanie do uzupełnienia/wyjaśnień jawnej części wykazu doświadczenia i odpowiedzi Comarch).

W konsekwencji zaniechanie przez zamawiającego udostępnienia odwołującemu żądanych informacji z oferty Comarch stanowi naruszenie przepisów ustawy, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Na poparcie tego stanowiska powołał wyrok o sygn. akt KIO 2089/12.

W odniesieniu do zarzutów związanych z warunkami udziału w postępowaniu odwołujący powołał wymagania zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.2.3 pkt 1) oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) - zmienionymi modyfikacją SIWZ dokonaną informacją z dnia 02.10.2012r. (pkt 7.2.1 SIWZ), zgodnie z którymi wykonawcy w celu ubiegania się o zamówienie musieli wykazać, iż:

„wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum dwie dostawy sprzętu i oprogramowanie w jednostkach ochrony zdrowia odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w tym.:

- łączna wartość dostaw nie jest niższa niż 2 MLN złotych;
- przedmiotem każdej z dostaw był: sprzęt komputerowy: klaster serwerowy (min 2 serwery + wspólna macierz), zasilacz awaryjny, stacje robocze, oprogramowanie klasy HIS i ERP łącznie obejmujące wdrożenie następujących aplikacji: Ruch Chorych (opieka stacjonarna i ambulatoryjna), Dokumentacja Med. Zlecenia Med., Rozliczenia z NFZ, Blok Operacyjny, Blok Porodowy, Rachunek Kosztów Leczenia, Gospodarka farmakologiczna (Apteka +Apteczka oddz.), Laboratorium (LIS lub integracja HL7), Zakażenia Szpitalne, Pracownia Diagnostyczna, Rozliczenia z NFZ, Finanse-Księgowość, Kadry, Płace, Magazyn, Środki Trwałe."

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zacytowanym wyżej wymaganiem zamawiającego wykonawcy mieli wykazać się realizacją co najmniej dwóch dostaw sprzętu i oprogramowania do jednostek służby zdrowia, przy czym przedmiotem każdej z takich dostaw miały być określony sprzęt oraz ściśle wskazane aplikacje oprogramowania.

Opierając się wyłącznie na dokumentach zawartych w jawnej części oferty, odwołujący stwierdził, iż Comarch nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu.

W wykazie Comarch zawarł cztery dostawy na rzecz ZOZ-ów w Końskich, Lublinie, Bełżycach i Świdniku. Przy czym, w odniesieniu do zamówienia realizowanego dla ZOZ w :

1. Końskich - Comarch nie wykazał w wykazie dostaw, iż zamówienie to obejmowało łącznie wszystkie wymagane aplikacje oprogramowania, powyższe nie wynika także z treści protokołu odbioru wdrożenia z dnia 30.03.2012 złożonego na potwierdzenie jego należytego wykonania; informacje zawarte w protokole wskazują, iż dostawa nie obejmowała aplikacji: Dokumentacja Medyczna, Blok Porodowy, Laboratorium;

2. Lublinie - Comarch nie wykazał w wykazie dostaw, iż zamówienie to obejmowało łącznie wszystkie wymagane aplikacje oprogramowania, powyższe nie wynika także z treści protokołów odbioru częściowego z dnia 23.09.2011, 04.08.2011, 12.08.2011 i 16.09.2011 złożonych na potwierdzenie jego należytego wykonania; informacje zawarte w protokole wskazują, iż dostawa nie obejmowała aplikacji: Dokumentacja Medyczna, Blok Porodowy;

3. Świdniku - brak dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy.

Zamówienie realizowane dla ZOZ w Beżycach, nawet gdyby uznać, że odpowiada warunkowi z pkt 7.2.1 SIWZ (co odwołujący kwestionuje poniżej), samo nie jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, albowiem konieczne było wykazanie się co najmniej dwoma dostawami o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 mln zł.

Tym samym istnieje podstawa do wykluczenia Comarch z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Ewentualnie do wezwania Comarch do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołujący nie dysponuje informacją, czy zamawiający wezwał Comarch do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunku doświadczenia i czy Comarch dokonał uzupełnienia, albowiem - jak wskazano w pkt I odwołania - zamawiający odmówił odwołującemu dostępu do korespondencji pomiędzy zamawiającym a Comarch, także tej dotyczącej części jawnej oferty.

Ponadto odwołujący podniósł, iż analiza dokumentacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących wskazanych przez Comarch dostaw nie potwierdza, by zamówienia te obejmowały wdrożenie wszystkich aplikacji wymaganych warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu. Wniosek ten dotyczy zarówno tych dostaw, dla których opis w wykazie oraz protokoły odbioru nie potwierdzają wykonania łącznie wszystkich wymaganych aplikacji (Końskie, Lublin), jak i tych w których opis w wykazie Comarch poświadczają, iż dostawy obejmowały wszystkie wymagane aplikacje (Beżyce, Świdnik). Odwołujący przedstawił zestawienie zakresu przedmiotowego dostaw wymienionych w wykazie Comarch. Przy czym podkreślił, że nie kierował się wyłącznie nomenklaturą poszczególnych aplikacji, ale wziął pod uwagę wymagania funkcjonalne określone dla nich w przedmiotowych postępowaniach. Wskazał, że dla zamówienia :Dlatego też w tabeli uwzględnia się aplikacje, których ZOZY nie wymieniały wprost jako przedmiot zamówienia, ale których obowiązek dostawy wynikał bądź ze szczegółowych wymogów funkcjonalnych odnoszących się do innych aplikacji, bądź z wymagań ogólnych dla zamawianych systemów.

Wskazał, że dla zamówienia :

- a) Końskie brak dokumentacji medycznej, bloku porodowego i laboratorium,
- b) Lublin brak dokumentacji medycznej, bloku porodowego
- c) Beżyce brak bloku porodowego, RKL, apteki i apteczki, zakażeń szpitalnych

d) Świdnik brak bloku porodowego, zakażeń szpitalnych, pracowni diagnostycznej  
Dowody, stanowiące potwierdzenie informacji zawartych w niniejszej tabeli odwołujący zobowiązał się przedstawić na rozprawie.

Jak wynika z powyższego zestawienia żadna z dostaw wskazanych w wykazie Comarch nie obejmowała wszystkich aplikacji wymaganych w przedmiotowym warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł iż mając na uwadze, że zamówienia, których dotyczy wykaz Comarch, realizowane były w trybie ustawy oraz to, iż zgodnie z art. 140 ustawy, zamówienie nie może obejmować zakresu wykraczającego ponad opis przedmiotu zamówienia z postępowania, zasadnym jest twierdzenie, iż Comarch złożył w tym zakresie informacje nieprawdziwe mające wpływ (lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania.

Powołał się na orzecznictwo Izby sygn. akt KIO 566/12, także w wyrokach KIO/UZP 1778/09; KIO/UZP 1223/09; KIO/UZP 1004/09.

Wskazał, że przesłanka wykluczenia wykonawcy wskazana w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest przesłanką samodzielną, niezależną od oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, do której odnosi się art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Podanie nieprawdziwych informacji wymaga jedynie stwierdzenia, czy miały one lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Wskazał na wyrok KIO 1242/12; KIO 1253/12, a także wyrok sygn. akt KIO 566/12 i wyroki KIO 801/11, KIO 706/11.

Podkreślił, że zamawiający ma obowiązek starannego zbadania, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, bowiem brak staranności w tym zakresie naraża go na naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy, tj. udzielnie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy. Ponadto zamawiający jest związany ustalonymi przez siebie zasadami prowadzenia postępowania, w tym opisem sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może dokonywać oceny spełnienia tych warunków w sposób dowolny i oderwany od ich treści. Co więcej, nieścisłości i wątpliwości wynikające z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę obciążają tego wykonawcę, a zamawiający nie może interpretować ich na jego korzyść - np. wyrok z dnia 13 sierpnia 2010 r., Sygn. akt: KIO 1616/10.

W zakresie zarzutów związanych z niezgodnością oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ wskazał, że zgodnie z pkt 13.9 SIWZ zamawiający wymagał, by do oferty został dołączony formularz ofertowy, w którym zamawiający wyspecyfikował zamawiane produkty (sprzęt i oprogramowanie). Wykonawcy zobowiązani byli do wypełnienia tego formularza poprzez m. in. wskazanie producenta i modelu oferowanego produktu oraz cen jednostkowych i zbiorczych tych produktów. Do oferty należało także dołączyć wypełnione specyfikacje techniczne sprzętu i oprogramowania (zał. 5 A-C), w których wykonawca potwierdzał, że oferowane produkty posiadają właściwości wymagane przez zamawiającego.

Sprzęt i oprogramowanie wymienione w załącznikach 5 A-C odpowiadały produktom wyspecyfikowanym w formularzu ofertowym.

Jak wskazano w pkt I odwołania, Comarch zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wypełnione załączniki 5 A- C. Nie zastrzegł jednak formularza ofertowego. Na podstawie jego treści, gdzie Comarch wskazał z nazwy producenta i modelu oferowane produkty, odwołujący stwierdził, iż w zakresie pozycji 1 (zestawy komputerowe) oraz 2 (drukarki laserowe monochromatyczne A4) oferta Comarch nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego.

Z formularza ofertowego wynika, iż w pozycji 1 (zestawy komputerowe) Comarch zaoferował zestaw: Lenovo ThinkCenter M82e + monitor Philips 221B3LPCB

W odniesieniu do poz. 1 - zestawy komputerowe, w zakresie portów wejścia / wyjścia zamawiający wymagał, by zestawy spełniały następujące wymagania minimalne:

Porty Wejście/wyjście: minimum 4 porty USB 2.0, 2 x RS232, 1 x VGA, 2 x wejścia/wyjścia PS/2,

Z ogólnodostępnych źródeł (np. strona internetowa producenta <http://www.lenovo.com/psref/pdf/tcbook.pdf> od strony 84 do strony 109) wynika natomiast, że oferowany sprzęt bez względu na jego architekturę (Tower, MT, SFF) nie spełnia powyższego zapisu (brak informacji o posiadaniu portów RS232, co oznacza, że sprzęt nie posiada portów RS232).

Odwołujący zacytował charakterystykę sprzętu ze strony producenta.

Ponadto z formularza ofertowego Comarch wynika, że w pozycji 2 Drukarki laserowe monochromatyczne, zaoferował On: drukarkę Brother HL-5240L.

W odniesieniu do poz. 2, zamawiający wymagał, by monitory spełniały m. in. następujące wymagania minimalne:

Prędkość druku A4 - minimum 30 str./min.

Z ogólnie dostępnych źródeł (m. in. strona producenta):

[http://www.brother.pl/e3.cfm/s\\_oage/73190/s\\_level/29240/s\\_product/HL5240LYJI](http://www.brother.pl/e3.cfm/s_oage/73190/s_level/29240/s_product/HL5240LYJI)

wynika, że prędkość druku ,modelu HL-5240Lwynosi 24 str/min.

Te informacje potwierdza w ocenie odwołującego także, strona sprzedawcy:

[http://www.agito.pl/drukarka-laserowa-brother-hl-5240l-55-437640.html?utm](http://www.agito.pl/drukarka-laserowa-brother-hl-5240l-55-437640.html?utm_medium=Feed&utm_source=ceneo.pl&utm_campaign=wszvsztkie&utm_content=437640)

[medium=Feed&utm\\_source=ceneo.pl&utm\\_campaign=wszvsztkie&utm\\_content=437640](http://www.agito.pl/drukarka-laserowa-brother-hl-5240l-55-437640.html?utm_medium=Feed&utm_source=ceneo.pl&utm_campaign=wszvsztkie&utm_content=437640)) z której wynika, że oferowany model powyższego wymogu nie spełnia, bowiem prędkość wydruku dla wskazanej drukarki wynosi 24 str./min.

W związku z powyższym odwołujący uważa, że Comarch zaoferował zamawiającemu produkty niespełniające minimalnych wymagań określonych w SIWZ, co stanowi wadę o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (świadczy o niezgodności treści oferty Comarch z treścią SIWZ).

Oferta Comarch powinna zatem zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a zaniechanie odrzucenia stanowi naruszenie ustawy mające wpływ na wynik Postępowania.

Odnosnie do zarzutów związanych z ceną serwisu pogwarancyjnego odwołujący sprecyzował,

a) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) ustawy :

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) ustawy, poprzez zaniechanie podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Comarch mimo, iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ oraz mimo, iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli „jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Dokonana w orzecznictwie wykładnia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazuje, że stosując tę podstawę prawną zamawiający musi odrzucić ofertę wykonawcy wówczas, gdy merytoryczna, czyli mająca znaczenie prawne treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, tj. gdy oferuje on wykonanie przedmiotu zamówienia w innym zakresie bądź na innych warunkach niż określone w SIWZ.

Art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy nakazuje natomiast odrzucić ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny, przy czym: „Przez błąd w obliczeniu ceny rozumiany w kontekście przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy p.z.p. należy bowiem rozumieć sposób obliczenia ceny dokonany merytorycznie w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami Zamawiającego określonymi w postanowieniach SIWZ – wskazał na wyrok KIO/UZP 275/10, wyrok KIO 2746/10, wyrok KIO 378/11.

Ustawowy obowiązek odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny wynika z faktu, że błędy w tym zakresie mogą wpływać na wynik postępowania, gdyż w różny sposób obliczone ceny są nieporównywalne i nie mogą być poddawane ocenie w oparciu o ten sam wzór przyjęty przez Zamawiającego w kryterium ceny.

Dokument SIWZ należy traktować jako całość, jej postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny wiążą zamawiającego i wykonawców, bez względu na miejsce, gdzie zostały zamieszczone. W niniejszym postępowaniu, w załączniku do SIWZ określającym Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego na 36 miesięczny serwis oprogramowania po upływie gwarancji (dalej: „IPU”), Zamawiający wskazał, że umowa ta regulować będzie m.in.:

„3) wszelkie opłaty jakie zobowiązany będzie ponosić Zamawiający

4) sposób płatności: 36 równych rat płatnych w terminie min 30 dni po zakończeniu każdego miesiąca - na podstawie faktury VAT’.

Comarch określił w złożonej ofercie wynagrodzenie za serwis pogwarancyjny (za okres obowiązywania umowy w sprawie serwisu pogwarancyjnego tj. 36 miesięcy) na kwotę 0,01

PLN brutto. Zgodnie z postanowieniami pkt 4 IPU, płatność za świadczenie usług serwisowych następować będzie w równych ratach, każdego miesiąca, na podstawie wystawianych przez Wykonawcę faktur VAT. Oznacza to, że każdomiesięczna miesięczna płatność wynosić ma 1/36 zaoferowanej ceny. Złożona przez Comarch oferta uniemożliwia, zdaniem odwołującego, realizację postanowień IPU, gdyż 1 grosz jest najmniejszą jednostką monetarną w systemie pieniężnym RP i nie jest możliwe wyliczenie i wystawienie faktury na 1/36 1 grosza, stosownie do wymogów SIWZ (IPU). Comarch zaoferował więc świadczenie pieniężne niepodzielne w sytuacji, gdy Zamawiający żądał w SIWZ świadczenia podzielnego. Nie ma zatem możliwości zrealizowania zamówienia na warunkach określonych w IPU na podstawie oferty Comarch. Sprzeczne z SIWZ byłoby także przyjęcie, miesięcznego wynagrodzenia (za 35 z 36 miesięcy) w wysokości zero groszy, bowiem Zamawiający przewidział w SIWZ tylko jeden sposób płatności - 36 równych rat, zatem płatność jednorazowa byłaby sprzeczna z postanowieniami SIWZ. Tym samym przy prawidłowym wyliczeniu wynagrodzenia za serwis pogwarancyjny najniższą kwotą, jaką zamawiający mógłby płacić stosownie do postanowień IPU jest 36 groszy, tj. 1 grosz comiesięcznie, przez 36 miesięcy (abstrahując od kwestii ceny rażąco niskiej). Zatem, cena w wysokości 0,01 PLN brutto nie może podlegać porównaniu z cenami pozostałych wykonawców, gdyż porównywanie cen obliczonych w sposób wymagany w SIWZ i w inny, niezgodny z SIWZ sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji, odwołujący zilustrował następującym przykładem:

W świetle ustalonego w SIWZ kryterium w przypadku, gdyby jeden wykonawca zaoferował cenę 36 groszy, a drugi 1 grosz, pierwszy z nich otrzymałby w ramach kryterium dotyczącego ceny serwisu pogwarancyjnego (20%) 0,5 pkt a drugi 20 pkt, podczas gdy realna wartość ekonomiczna obu ofert jest taka sama. Przykład ten pokazuje najlepiej, jak dopuszczenie do porównania ceny obliczonej niezgodnie z SIWZ i ceny obliczonej zgodnie z SIWZ zaburza warunki konkurencji. Z tego właśnie powodu (a nie z nieuzasadnionego formalizmu) ustawodawca nakazał bezwzględnie odrzucać oferty niezgodne z SIWZ czy też zawierające cenę obliczoną inaczej, niż wynika z wytycznych zawartych w SIWZ.

Tym samym, w warunkach niniejszej sprawy zaoferowanie przez wykonawcę, zdaniem odwołującego, ceny w wysokości 1 grosza stanowi:

- niezgodność oferty z treścią SIWZ, bowiem oferta zakłada realizację zamówienia na innych warunkach (dotyczących zasad rozliczeń z zamawiającym i płatności za realizację zamówienia) niż określone w SIWZ, bowiem zamawiający nie będzie miał możliwości zawarcia z Wykonawcą Comarch i realizacji umowy na serwis pogwarancyjny zgodnie z ofertą tego wykonawcy a jednocześnie zgodnie z określonymi w SIWZ IPU. Nie jest bowiem możliwe wystawianie faktur i dokonywanie płatności w tysięcznych częściach grosza, co

oznacza, że oferta Comarch czyni niemożliwym zawarcie i realizację umowy w sprawie serwisu pogwarancyjnego o treści wynikającej z wiążącej obie strony SIWZ,

- błąd w obliczeniu ceny, bowiem cena została obliczona bez uwzględnienia wytycznych wynikających z IPU.

Bez znaczenia jest przy tym, że wskazane postanowienia, które dotyczą de facto obliczenia ceny nie zostały zamieszczone w Rozdziale SIWZ pt. Opis sposobu obliczenia ceny. SIWZ należy interpretować jako całość.

b) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 6 w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy oraz art. 31 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.) i art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 2005 r. o Narodowym Banku Polskim (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2 z późn. zm.) i art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. z 1994 r. Nr 84, poz. 386).

Odwołujący uważa, że zaoferowana przez Comarch cena za świadczenie usług serwisu pogwarancyjnego została obliczona błędnie wynika nie tylko z porównania tej ceny z postanowieniami SIWZ (IPU), ale także z obowiązującym prawem regulującym polski system płatniczy. Wskazał na to, że zgodnie z ustawą o cenach i ustawą o NBP nie istnieje nominal mniejszy niż jeden grosz. Zaproponowana przez Comarch cena, w świetle uregulowanych w SIWZ zasad płatności zakłada rozliczanie się z zamawiającym w tysięcznych częściach złotego, a więc zawiera błąd w obliczeniu ceny (co skutkuje odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy) oraz jest niezgodna z ustawą - tj. art. 31 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach oraz art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim w związku z art. 2 ust. 2 ustawy o denominacji złotego (co skutkuje odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy).

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał - wyrok KIO/UZP 642/08, wyrok z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 504/08; KIO z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 237/08), wyrok KIO/UZP 2374/10; KIO/UZP 2402/10, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 marca 2005 r. Sygn. Akt UZP/ZO/0-493/05.

c) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 ustawy :

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Comarch mimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu. Ponieważ pojęcie rażąco niskiej ceny należy badać w stosunku do przedmiotu zamówienia w pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że w wyniku postępowania zamawiający zamierzał udzielić dwóch zamówień publicznych, tj. zawrzeć dwie odpłatne umowy cywilnoprawne (zgodnie z art. 2 pkt 13) ustawy zamówienie to umowa odpłatna). Zgodnie z SIWZ, w szczególności rozdziałem 4 (Opis przedmiotu zamówienia) postępowanie dotyczy:

1) dostawy Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI) złożonego z SIM oraz ERP wraz z infrastrukturą komputerową (w zakresie opisanym w pkt 4.1 - 4.9 SIWZ oraz Załącznikach 4A, 5A, 5B i 5C do SIWZ) oraz 36 miesięcznej gwarancji dla Infrastruktury oraz dla oprogramowania (zgodnie z pkt 5.1. SIWZ).

Ww. przedmiot zamówienia miał zostać objęty umową w sprawie zamówienia, której projekt stanowił załącznik nr 6 do SIWZ (dalej: „Umowa Główna”), która to umowa obejmuje dostawę (oprogramowania i urządzeń), a następnie 36 miesięcy gwarancji (w tym serwis w okresie gwarancyjnym). Objęcie gwarancji Umową Główną wynika jednoznacznie z § 8 tej Umowy. Zakres przedmiotowy umowy nie obejmuje natomiast serwisu pogwarancyjnego.

2) Serwisu pogwarancyjnego, tj. 36 miesięcznego serwisu zainstalowanego systemu informatycznego po okresie gwarancyjnym (zgodnie z pkt 5.2. SIWZ).

Jak wynika wyraźnie z pkt 5.2. SIWZ wskazującego na objęcie postępowaniem również serwisu pogwarancyjnego, serwis ten (pogwarancyjny) stanowi odrębne zamówienie, w sprawie którego umowa zostanie zawarta „po okresie gwarancji”, a więc nie po rozstrzygnięciu postępowania, ale po wykonaniu pierwszego z zamówień objętych postępowaniem.

Jak wynika z pkt 5.2. SIWZ: „Po okresie gwarancji zostanie zawarty 36-miesięczny kontrakt serwisowy na obsługę zainstalowanego systemu informatycznego. Załącznik nr 9 do UMOWY określa istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy serwisowej.” W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 22.10.2012 roku, w odpowiedzi na pytanie 31, dotyczące terminu zawarcia umowy na serwis pogwarancyjny, Zamawiający potwierdził, że serwis pogwarancyjny objęty jest odrębną umową, która będzie zawarta po wykonaniu przedmiotu Umowy Głównej.

Istotne Postanowienia Umowy serwisu pogwarancyjnego (dalej: „IPU”) określono w załączniku nr 9 do Umowy Głównej.

Zamiar zawarcia w sprawie serwisu pogwarancyjnego odrębnej umowy, a więc udzielenia odrębnego zamówienia publicznego potwierdza również treść Rozdziału XVI SIWZ, gdzie jest mowa o ocenie ceny „36-miesięcznego kontraktu serwisowego” po upływie gwarancji.

Przyjęty przez zamawiającego sposób procedowania, zakładający udzielenie w wyniku postępowania dwóch zamówień publicznych, przy czym druga umowa zostanie zawarta po wykonaniu pierwszej jest zgodne z ustawą, której przepisy nie zakazują udzielenia w wyniku jednego postępowania więcej niż jednej umowy i która wymaga, by do wyboru oferty doszło w okresie, w którym wykonawca jest związany ofertą, jednak samo zawarcie umowy może nastąpić później (tak np. wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 1070/10, wyrok KIO o Sygn. akt: KIO/1181/10). Do przyjętej formuły postępowania zamawiający dostosował postanowienia SIWZ dotyczące ceny, w szczególności poprzez nakazanie Wykonawcom wyodrębnienia w ofercie ceny serwisu pogwarancyjnego. W formularzu ofertowym (którego wzór stanowił



Załącznik nr 4 do SIWZ), wykonawcy mieli wypełnić pozycję 4) odnoszącą się do ceny oferty oraz pozycję 5), gdzie należało podać cenę 36-miesięcznego kontraktu serwisowego po upływie gwarancji. Cena wskazana w pkt 5) formularza ofertowego stanowiła cenę, jaka miała być następnie wpisana w umowie dotyczącej serwisu pogwarancyjnego, zgodnie z pkt 3 IPU.

Konsekwentnie, dwie ceny, jakie mieli wskazać wykonawcy w formularzu oferty, były oceniane w ramach dwóch kryteriów oceny ofert tj.:

Cena - 40%

Cena 36-miesięcznego kontraktu serwisowego po upływie gwarancji - 20%

Podsumowując, z ww. postanowień SIWZ wynika, że postępowanie oraz składane w nim oferty dotyczyły realizacji dwóch zamówień publicznych.

Ustawa nakazuje odrzucenie oferty która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zatem w okolicznościach niniejszej sprawy badanie kwestii istnienia rażąco niskiej ceny należy dokonać odrębnie w stosunku do każdej z dwóch cen zaoferowanych za realizację dwóch zamówień.

Pojęcia rażąco niskiej ceny nie definiuje ustawa ani przepisy dyrektyw UE będące u podstaw regulacji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, jednakże zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa, cena rażąco niska to cena, która nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia, przez co budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ (np. wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 1441/07, wyrok SO w Bielsku Białej o sygn. akt II Ca 88/09, wyrok KIO o sygn. KIO/UZP/684/09, wyrok KIO o sygn. KIO/UZP/1492/08, wyrok SO w Katowicach o sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP/446/08).

W stosunku do drugiego z zamówień, tj. zamówienia na świadczenie usług serwisu pogwarancyjnego przez okres 36 miesięcy wykonawca Comarch zaoferował cenę 1 grosza. Cena ta jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. nie pokrywa kosztów realizacji serwisu pogwarancyjnego w 3 letnim okresie, co nie ulega wątpliwości i nie wymaga szczegółowej analizy i uzasadnienia. Wystarczy wskazać, że zakładając jedynie koszty pracy pracownika wykonawcy w nierealnej wysokości 15 zł na godzinę, zaproponowane wynagrodzenie nie wystarczyłoby na 1 sekundę pracy. Jak wynika z informacji uzyskanej przez odwołującego od zamawiającego, skierował on do Comarch wnioski o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy), które to wyjaśnienia zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, co uniemożliwia odwołującemu szczegółowe odniesienie się do ich treści. Jednakże, stawianie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 ustawy nawet w braku znajomości wyjaśnień Comarch jest w pełni uzasadnione, gdyż trudno wyobrazić sobie istnienie obiektywnych czynników takich jak np. oszczędność metody wykonania serwisu

pogwarancyjnego, czy wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, które umożliwiałyby pokrycie kosztów realizacji tego serwisu ceną 1 grosza.

Jeżeliby natomiast wyjaśnienia Comarch odnosiły się do połączonych cen za realizację dwóch umów, jakie będą zawarte w wyniku postępowania (tj. do skalkulowania ceny serwisu pogwarancyjnego w cenie Umowy Głównej), to należałoby je uznać za całkowicie nieadekwatne w okolicznościach niniejszej sprawy. W szczególności, nie jest tu adekwatne utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej stanowiące, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” należy odnosić do ceny za wykonanie całości zamówienia, a nie poszczególnych cen jednostkowych i traktowanie ceny za serwis pogwarancyjny jako ceny jednostkowej. Cena za serwis pogwarancyjny jest w przypadku tego postępowania ceną za wykonanie zamówienia na ten serwis, a nie ceną jednostkową większego zamówienia.

W tym miejscu odwołujący zwrócił uwagę, na orzeczenie Izby wydane w sprawie o analogicznym stanie faktycznym, gdzie Izba stwierdziła m.in. (KIO/UZP 320/10 i KIO/UZP 467/10):

Tym samym zdaniem odwołującego, zaoferowana przez Comarch cena za realizację zamówienia na świadczenie usług serwisu pogwarancyjnego jest rażąco niska, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty Comarch złożonej w postępowaniu.

d) Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 ustawy :

Jak wskazano powyżej, zamawiający poinformował odwołującego, iż skierował on do Comarch wnioski o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, które to wyjaśnienia uzyskał, jednakże zostały one objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa i nie mogą być ujawnione.

Z uwagi na brak dostępu zarówno do treści wniosku o wyjaśnienia, jak i odpowiedzi Comarch, działając z daleko posuniętej ostrożności procesowej (na wypadek, gdyby zamawiający nie zażądał wyjaśnień i/lub gdyby Comarch nie udzielił w terminie wyjaśnień) odwołujący formułuje zarzut naruszenia:

- art. 90 ust. 1 ustawy - poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie zwrócenia się do Comarch o wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny za serwis pogwarancyjny, mimo że cena ta wynosi 1 grosz,
- art. 90 ust. 3 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył w terminie wyczerpujących i adekwatnych wyjaśnień.

e) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy :

Oferta Comarch podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy , gdyż zaoferowanie ceny za zamówienie na serwis pogwarancyjny w wysokości 0,01 PLN brutto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z klauzulą generalną definiującą czyn nieuczciwej konkurencji zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z

2003 roku, Nr 153, poz. 1503; dalej: „ustawy znk”) zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdy:

- 1) pozostaje w sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami oraz
- 2) zagraża interesom innego przedsiębiorcy lub klienta lub je narusza.

Czynem nieuczciwej konkurencji będzie więc każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale 2 ustawy znk) lub dobre obyczaje, przez co zagraża interesowi przedsiębiorcy lub klienta bądź go narusza (wyrok SA z dnia 20 lutego 2008 r., I ACa 93/08).

Sprzeczność z prawem to sprzeczność z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym z przepisami regulującymi system płatniczy w RP. Oferta jest także sprzeczna z art. 487 § 2 kodeksu cywilnego regulującego zasadę ekwiwalentności świadczeń wzajemnych.

Oferta Comarch jest także sprzeczna z dobrymi obyczajami.

Odwołujący wskazał, że przez pojęcie dobrych obyczajów rozumie się staranność zawodową, uczciwość działania oraz dobrą wiarę, dobre obyczaje to swego rodzaju wskazówki postępowania, które obiektywnie istnieją w przekonaniu etycznym społeczeństwa. Wskazał także na wyjaśnienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07. Analiza oferty SIWZ prowadzi do wniosku, że wykonawca skonstruował swą ofertę w zakresie cen oferowanych za dwa zamówienia, w taki sposób który jest oderwany od kosztów ich realizacji, a ma na celu wyłącznie nieuzasadnione uzyskanie 20% przewagi punktowej w ramach kryterium „cena serwisu pogwarancyjnego”. Tym samym działania Comarch mają na celu obejście postanowień SIWZ, która zakłada udzielenie w wyniku jednego postępowania, jednemu wykonawcy, dwóch zamówień publicznych i ustanawia odpowiednie do tej formuły kryteria oceny ofert. Takie działanie jest bez wątpienia sprzeczne z dobrymi obyczajami i nie zasługuje na ochronę.

Analizując ofertę Comarch odwołujący uznał, że możliwe są dwa uzasadnienia nierealnej ceny za serwis pogwarancyjny.

Pierwsza możliwość jest taka, że przygotowując ofertę Comarch założył, że nie będzie świadczył dla zamawiającego usług objętych drugim zamówieniem. Może się bowiem okazać, że Comarch, po zrealizowaniu pierwszego zamówienia, zrezygnuje z nieopłacalnej dla niego realizacji drugiej umowy, co jest prawdopodobne gdyż, po pierwsze jej zawarcie musi być poprzedzone ustaleniem przez strony jej szczegółowej treści (w zakresie nie określonym w zawartych w SIWZ IPU), a ponadto zawarte w SIWZ IPU nie wskazują na jakiegokolwiek kary za nierzetelną realizację umowy serwisowej. Nie sposób uznać, że mamy tu do czynienia z działaniem etycznym, rzetelną ofertą przedsiębiorcy lecz z działaniem mającym na celu sprzeczne z dobrymi obyczajami kupieckimi obejście postanowień SIWZ, które doprowadzi zamawiającego do niezrealizowania celów, jakie postawił postępowaniu.

Druga możliwość jest taka, że Comarch wliczył koszty drugiego z zamówień objętych postępowaniem w cenę pierwszego zamówienia, co wobec założenia dwóch umów w sprawie zamówień publicznych nie było możliwe, a ponadto miało na celu sprzeczną z dobrymi obyczajami manipulację, która po pierwsze doprowadziłaby Comarch do uzyskania nienależnego wynagrodzenia za serwis pogwarancyjny przed rozpoczęciem jego wykonania, a po drugie zniweczyłaby ustalone przez zamawiającego zasady oceny ofert. Odwołujący ma świadomość, że celem działania każdego przedsiębiorcy uczestniczącego w postępowaniu o zamówienie publiczne jest działanie w celu złożenia oferty najkorzystniejszej, jednak w tym przypadku postępowanie Comarch wykracza poza dopuszczalną prawem grę rynkową i wchodzi na grunt konkurencji nieuczciwej.

Jak wynika z powyższego, spreczna z prawem i dobrymi obyczajami oferta Comarch zagraża i narusza interesy innych przedsiębiorców, w szczególności interesy odwołującego, który złożył w postępowaniu ofertę. Wskazał na wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 I ACa 1103/06. Celem działania Comarch nie było konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg matematyczny, by uzyskać największą ilość punktów w kryterium o wadze 20%. Oznacza to, że inni przedsiębiorcy, którzy podobnej operacji nie dokonali, a zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego zaoferowali realizację obu zamówień za ceny odpowiadające ich wartości znaleźli się bez żadnych obiektywnych przesłanek w znacznie gorszej sytuacji. Jest to szczególnie rażące, gdyż jest prawdopodobne, że gdyby Comarch dokonał rzetelnej wyceny obu zamówień, uzyskałby mniejszą liczbę punktów niż odwołujący.

Jak wynika z orzecznictwa, przykładem czynu nieuczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych jest właśnie nieuczciwe manipulowanie przez wykonawcę parametrami oferty, tak by uzyskać najwyższą punktację w jednym kryteriów oceny ofert. Wskazał na wyrok sygn. akt KIO 640/11 Odwołujący podkreślił, że zaoferowanie ceny 0,01 PLN za drugie z zamówień objętych postępowaniem wykracza poza zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji i stanowi zachowanie niedozwolone, o którym mowa w art. 3 ust. 1 znk, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty, uregulowaną w art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy .

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 grudnia 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 grudnia 2012r.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2012r. przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17 grudnia 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Comarch wnosząc o jego oddalenie w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, a postawione zarzuty są bezzasadne i zasługują na oddalenie. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 grudnia 2012r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 17 grudnia 2012r.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji siwz z dnia 2 października 2012r., wyjaśnienia treści siwz, oferty Comarch, wezwania do uzupełnienia z dnia 12 listopada 2012r., odpowiedzi Comarch z dnia 14 listopada 2012r., wezwania zamawiającego z dnia, odpowiedzi Comarch z dnia 16 listopada 2012r., wezwania zamawiającego z dnia 19 listopada 2012r., odpowiedzi Comarch z dnia 26 listopada 2012r., wezwania zamawiającego z dnia 22 listopada 2012r. odpowiedzi Comarch z dnia 29 listopada 2012r. informacji o wyniku postępowania z dnia 4 grudnia 2012r., wyciągu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup sprzętu medycznego, ucyfrowienie RTG oraz wdrożenie systemu IT w Szpitalu powiatowym im. W. Oczki w Bełżycach”, wyciągu z dokumentacji konkurs ofert w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne w zakresie diagnostyki laboratoryjnej, serologii transfuzjologicznej i mikrobiologii, wyciągu z dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i wdrożenia „Zintegrowanego Systemu Informatycznego”, wyciągu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i wdrożenia „Zintegrowanego systemu informatycznego” (WSZSP-RZP-333/95/2010), wyciągu z siwz str. 63 i 64 z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup sprzętu medycznego, ucyfrowienie RTG oraz wdrożenie systemu IT w Szpitalu powiatowym im. W. Oczki w Bełżycach”, pisma SPZOZ w Bełżycach do odwołującego z dnia 27 grudnia 2012r., oferty ESAPROJEKT dla Comarch Polska SA z 18 października 2012r.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że w rozdziale 4 – opis przedmiotu zamówienia zamawiający w pkt 4.1. postawił wymaganie, że w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca dostarczy licencje określone w załączniku 4A. W odniesieniu do systemu SIM licencja miała zostać udzielona na wskazaną w załączniku ilość stanowisk. W odniesieniu do systemu ERP licencja miała zostać udzielona na ilość jednoczesnych użytkowników z zastrzeżeniem, że każdy z użytkowników ma mieć dostęp do pełnego zakresu funkcjonalnego oferowanego przez wszystkie aplikacje pakietu. Jeżeli w celu zapewnienia zakresu funkcjonalnego oprogramowania określonego w Załącznikach 5A i 5B niezbędne

będzie dostarczenie dodatkowych licencji wykonawca winien je wymienić w Załączniku 4A. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie ilościowym określa załącznik nr 4A do SIWZ, natomiast w zakresie jakościowym załącznik nr 5A, 5B, 5C do SIWZ. W celu potwierdzenia, że oferowane usługi i dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wykonawca miał przedłożyć wraz z ofertą:

a) Dla oferowanego sprzętu komputerowego należy przedstawić certyfikaty, oświadczenia, deklaracje oraz inne dokumenty wymienione w opisie przedmiotu zamówienia w zał. 5A, 5B, 5C, 6 do SIWZ. Dokumenty, o których mowa powyżej, winny potwierdzać spełnianie poszczególnych wymagań nie później niż na dzień składania ofert zgodnie z PZP

Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia (zał. 4A, 5A, 5B, 5C) zostały wskazane nazwy własne produktów i rozwiązań, lub jakiegokolwiek inne parametry wskazujące na konkretnego producenta, zamawiający dopuścił zastosowanie produktów i rozwiązań równoważnych tj. takich, które nie obniżą standardów oraz wymagań technicznych, funkcjonalnych i użytkowych określonych przez zamawiającego.

W rozdziale 5 – gwarancja zamawiający postanowił, że wymaga zaoferowania 36 miesięcznej gwarancji liczonej od wykonania przedmiotu Umowy dla Infrastruktury (Zestaw komputerowy, Drukarka laserowa mono A4, Drukarka laserowa mono A3, Drukarka kodów kreskowych, Drukarka pasków, Czytnik kodów kreskowych, Kolektor danych, Infokiosk, Serwer bazodanowy, Serwer aplikacyjny, Macierz dyskowa, Pamięć masowa NAS, szafa dystrybucyjna typu RACK 19”, UPS, Switch sieciowy, Przełącznik KVM), oraz 36 miesięcznej gwarancji od daty wykonania przedmiotu Umowy dla oprogramowania (ZSI). Po okresie gwarancji ma zostać zawarty 36-miesięczny kontrakt serwisowy na obsługę zainstalowanego systemu informatycznego. Załącznik nr 9 do UMOWY określa istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy serwisowej.

W rozdziale 7 -warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, zamawiający w pkt 7.2 wskazał, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie tj.: wykażą, iż:7.2.1. wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum dwie dostawy sprzętu i oprogramowanie w jednostkach ochrony zdrowia odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w tym.: łączna wartość dostaw nie jest niższa niż 3 MLN złotych; przedmiotem dostaw było: sprzęt komputerowy (serwer, macierz, stacje robocze), oprogramowanie klasy HIS i ERP łącznie obejmujące wdrożenie następujących aplikacji: Ruch Chorych (opieka stacjonarna i ambulatoryjna), Dokumentacja Med. Zlecenia Med., Rozliczenia z NFZ, Blok Operacyjny, Rachunek Kosztów Leczenia, Gospodarka farmakologiczna (Apteka +Apteczka oddz.), Laboratorium, Zakażenia Szpitalne,

Pracownia Diagnostyczna, Rozliczenia z NFZ, Finanse-Księgowość, Kadry, Płace, Magazyn, Środki Trwałe;

W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, należało przedłożyć następujące dokumenty:

8.1.2.1. wykaz wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (zał. Nr 2 do SIWZ) oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie;

Zgodnie z rozdziałem 13.7. siwz wykonawca, nie później niż przed upływem terminu składania ofert, miał prawo zastrzec w swojej ofercie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym przypadku wykonawca powinien zastrzeżoną część oferty oznaczyć w sposób niebudzący wątpliwości, iż stanowi ona zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa np. umieścić ją w odrębnym (wydzielonym) opakowaniu oznaczonym napisem: „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA - NIE UDOSTĘPNIĄĆ”.

Zgodnie z pkt. 13.8 siwz kompletna oferta musiała zawierać :

13.9. wypełniony „Formularz Ofertowy” – na podstawie wzoru stanowiącego załącznik Nr 4 i 4A do SIWZ;

13.10. oświadczenie Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – na podstawie wzoru stanowiącego załącznik Nr 1 do SIWZ;

13.11. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia – na podstawie wzoru stanowiącego załącznik Nr 1 do SIWZ;

13.12. oświadczenia i dokumenty, o których mowa w pkt 4 i pkt 7 SIWZ;

13.13. stosowne Pełnomocnictwo(a) – w przypadku, gdy upoważnienie do podpisania oferty nie wynika bezpośrednio ze złożonego w ofercie odpisu z właściwego rejestru;

13.14. w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dokument ustanawiający Pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego;

13.15. dokumenty potwierdzające spełnienie przez Wykonawcę i dostarczane produkty wymaganych w SIWZ norm jakościowych;

13.16. dokument potwierdzający wniesienie wadium;

13.17. wszelkie inne wymagane w SIWZ w tym w umowie dokumenty i oświadczenia w tym w szczególności wszystkie załączniki do umowy w których Zamawiający użył frazy: „WYKONAWCA określa w ofercie”

W rozdziale 15 siwz zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny wskazując, że cena ofertowa wyrażona w PLN, jest ceną ryczałtową – obliczoną w następujący sposób:

wartość netto + podatek VAT = wartość brutto, oparta na danych zawartych w SIWZ. Cena musiała uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, określonego w SIWZ. Koszty związane z uzyskaniem niezbędnych materiałów wyjściowych do realizacji zamówienia miał ponosić wykonawca. Wartość (brutto) określona przez wykonawcę jest obowiązująca w okresie ważności umowy i nie będzie podlegała zmianie.

Cena podana w ofercie miała być ceną ostateczną nie podlegającą negocjacji.

Zamawiający w rozdziale 16 zawarł opis kryteriów oceny ofert i wskazał, że oferty zostaną ocenione przez zamawiającego w oparciu o następujące kryteria i ich znaczenie: Cena 40%, Cena 36-miesięcznego kontraktu serwisowego po upływie gwarancji – 20%, zakres funkcjonalny ZSI 40%. Zgodnie z pkt 16.2.3. siwz ilość punktów uzyskanych w kryterium cena 36-miesięcznego kontraktu serwisowego po upływie gwarancji będzie obliczana zgodnie ze wzorem: Ilość punktów badanej oferty =  $(C_{min} / C_{bad}) \times 20\%$ , przy czym  $1\% = 1$  pkt gdzie:  $C_{min}$  - najniższa cena spośród badanych ofert,  $C_{bad}$  - cena oferty badanej.

W rozdziale 19 siwz zamawiający określił istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotne dla zamawiającego postanowienia umowy oraz wysokość kar umownych zawiera projekt umowy stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ. Wykonawca był zobowiązany do zawarcia umowy na warunkach określonych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ.

Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy. Zakres dopuszczalnych zmian został opisany w załączniku nr 6 do SIWZ.

Zgodnie z rozdziałem 26 siwz Informacje dotyczące walut obcych zamawiający nie przewidział prowadzenia rozliczeń w walutach obcych. Wszelkie rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą będą prowadzone wyłącznie w zł (PLN).

W załączniku nr 4A do siwz – szczegółowy formularz ofertowy zamawiający określił przedmiot zamówienia, jednostkę miary, ilość, a wymagał podania producenta /modelu, ceny jednostkowej netto w PLN, podatku VAT w PLN, wartości brutto w PLN. W ramach podanego przedmiotu zamawiający podał :

1. Zestawy komputerowe szt. 50
2. Drukarki laserowe mono szt. 30
3. Drukarka laserowa mono A3 szt. 2
4. Drukarka kodów kreskowych szt. 3
5. Drukarka opasek szt. 4
6. Czytnik kodów kreskowych szt. 25
7. Kolektor danych szt. 1



8. Infokiosk szt. 2
9. Serwery bazodanowe szt. 2
10. Serwery aplikacyjne szt. 2
11. Macierz dyskowa szt. 1
12. UPS szt. 1
13. Pamięć masowa NAS szt. 1
14. Pozostałe wyposażenie serwerowni (szafa dystrybucyjna typu RACK, switch sieciowy, przełącznik KVM, );szt. 1
15. Systemy operacyjne typu Windows Serwer 2008 szt. 2
16. Systemy operacyjne typu Red Hat Linux szt. 2
17. Systemy operacyjne typu Cluster Suite Linux 2
18. Oprogramowanie systemu baz danych typu Oracle (licencja per procesor) szt. 2
19. Oprogramowanie HIS:
  - 19.1 Izba Przyjęć Stanowisko 5
  - 19.2 Statystyka Medyczna Stanowisko 4
  - 19.3 Oddział – Harmonogramy pracy Stanowisko 20
  - 19.4 Oddział Stanowisko nielimitowane
  - 19.5 Kolejka oczekujących Stanowisko nielimitowane
  - 19.6 Archiwum Stanowisko 1

W załączniku nr 5 A do siwz zamawiający określił zakres jakościowy przedmiotu zamówienia – specyfikacja funkcjonalna SIM. Wskazał, że wykonawca jest zobligowany wypełnić tabele zamieszczone w niniejszym załączniku wpisując w kolumnie Tak/Nie słowo „Tak” w przypadku spełnienia określonego w wierszu wymogu funkcjonalnego lub słowo „Nie” w przypadku niespełnienia kryterium. Brak odpowiedzi lub odpowiedzi nieczytelną miało być uznane się za niespełnienie danego wymagania. Funkcjonalności przy których zamawiający umieścił słowo „TAK” w kolumnie „Wymagane bezwzględnie” muszą być realizowane przez oferowany SIM. Brak deklaracji wykonawcy „TAK” przy funkcjach wymaganych bezwzględnie lub brak informacji/dokumentów, których załączenia do oferty funkcje wymagają, skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ. Funkcjonalności w których zamawiający nie umieścił słowa „TAK” w kolumnie „Wymagane bezwzględnie” są funkcjonalnościami opcjonalnymi, brany pod uwagę w procesie oceny ofert zgodnie z zasadami przedstawionymi w rozdziale XIX niniejszej SIWZ.

Zamawiający w tym załączniku zamieścił tabelę określającą w kolumnie 2 wymaganie, w kolumnie trzeciej poprzez wpisanie słowa „TAK” wskazywał czy wymaganie jest bezwzględnie konieczne, w kolumnie czwartej oczekiwał deklaracji „Tak/Nie” od wykonawców, co do spełnienia podanych wymagań zarówno bezwzględnych jak i opcjonalnych, ostatnia piąta kolumna przeznaczona była na informacje wykonawcy. Analogiczne wymagania i konstrukcja

załącznika dotyczyła załącznika nr 5B - zakres jakościowy przedmiotu zamówienia – specyfikacja funkcjonalna ERP.

W załączniku nr 5C zamawiający zawarł specyfikację techniczną sprzętu komputerowego. Zamawiający wskazał następujące wymagania : „Wypełniony Załącznik należy załączyć do oferty. Należy określić: nazwę producenta, typ produktu i model oraz oferowane parametry.

W kolumnie „Spełnia TAK/NIE” należy wpisać słowo „TAK” w przypadku spełnienia określonych w wierszu wymagań minimalnych lub słowo „NIE” w przypadku niespełnienia minimalnych wymagań. Brak odpowiedzi lub odpowiedź nieczytelną uznaje się za niespełnienie minimalnych wymagań.

Niespełnienie nawet jednego z niżej wymienionych wymagań spowoduje odrzucenie oferty. celu potwierdzenia wymagań określonych przez Zamawiającego w specyfikacji technicznej, Zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie oferowanych parametrów zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od Wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Zamawiający w tabeli określał parametr i charakterystykę minimalną i oczekiwał podania przez wykonawców deklaracji tak/nie oraz oferowanych parametrów.

W ramach poszczególnych parametrów określonych przez zamawiającego zamawiający wskazywał, że wymaga załączenia do oferty określonych oświadczeń producentów lub certyfikatów ISO lub CE.

W załączniku nr 9 do wzoru umowy zamawiający zawarł następująca treść :

„UMOWA na 36 miesięczny serwis oprogramowania po upływie gwarancji

1. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą jest zobowiązany do zawarcia umowy na 36 miesięczny serwis oprogramowania po upływie gwarancji.

2. Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego:

1) strony oraz data umowy

2) określenie przedmiotu umowy - zgodnie z SIWZ

3) wszelkie opłaty jakie zobowiązany będzie ponosić Zamawiający

4) sposób płatności: 36 równych rat płatnych w terminie min 30 dni po zakończeniu każdego miesiąca – na podstawie faktury VAT

5) okres na jaki zostanie zawarta umowa serwisowa - zgodnie z SIWZ

6) zakres zawartej umowy:

- uprawnienia zamawiającego

- obowiązki wykonawcy serwisu oprogramowania

7) zasady zmiany umowy i rozstrzygnięcia ewentualnych sporów z uwzględnieniem zapisów Działu IV - Umowy w sprawach zamówień publicznych - ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych

8) zapis określający, że spory mogące powstać na tle zawartej umowy strony będzie rozstrzygał sąd właściwy ze względu na siedzibę Zamawiającego.

9) zapis określający, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz oferta Wykonawcy do sprawy znak: 47/2012 stanowią integralną część niniejszej umowy.”

Modyfikacją z dnia 2 października 2012r. zamawiający zmienił treść opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia określając, go jako „w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie tj.: wykażą, iż:7.2.1. wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum dwie dostawy sprzętu i oprogramowanie w jednostkach ochrony zdrowia odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w tym.: łączna wartość dostaw nie jest niższa niż 2 MLN złotych; przedmiotem każdej z dostaw było: sprzęt komputerowy klaster serwerowy (min 2 serwery i wspólna macierz), zasilacz awaryjny, stacje robocze, oprogramowanie klasy HIS i ERP łącznie obejmujące wdrożenie następujących aplikacji: Ruch Chorych (opieka stacjonarna i ambulatoryjna), Dokumentacja Med. Zlecenia Med., Rozliczenia z NFZ, Blok Operacyjny, Blok Porodowy, Rachunek Kosztów Leczenia, Gospodarka farmakologiczna (Apteka +Apteczka oddz.), Laboratorium (LIS lub integracja HI.7), Zakażenia Szpitalne, Pracownia Diagnostyczna, Rozliczenia z NFZ, Finanse-Księgowość, Kadry, Płace, Magazyn, Środki Trwałe;

W wyjaśnieniach treści siwz nie wystąpiły wyjaśnienia istotne dla rozstrzygnięcia sporu poza zmianą opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W ofercie Comarch :

Na str 8 – 9 znajduje się wykaz dostaw, gdzie w :

- Poz. 1 wskazano inwestycję dla Zespołu Opieki Zdrowotnej w Końskich, pod nazwą Modernizacja i rozbudowa systemu informatycznego w Zespole Opieki Zdrowotnej w Końskich wraz z integracją. tzw. części medycznej i administracyjnej, zawierającą:
  - rozbudowę systemu OPTIMED/HIS części „białej" medycznej,
  - rozbudowę systemu OPTIMED/ERP części „szarej" administracyjnej,
  - portal informacyjny dla pacjentów z e-rejestracją,
  - moduł teleradiologii,
  - moduł Centralnej Sterylizatorni,
  - integracja systemów, wdrożenie i niezbędne doradztwo udzielone przez eksperta technicznego,

- dostawa komputerów – stanowisk roboczych, komputerów przenośnych - notebooków, drukarek laserowych, kodów kreskowych, czytników kodów kreskowych, urządzeń wielofunkcyjnych, serwera, macierzy sieciowej,

- rozbudowa infrastruktury sieciowej,

- dostawa urządzeń do zarządzania siecią LAN oraz dostępem do internetu o wartości 3 054 078,00 zł realizowaną w okresie 19 sierpień 2011-30 marzec 2012 – należyte wykonanie tej usługi oraz podany w wykazie zakres przedmiotowy potwierdzają protokół odbioru wdrożenia z 30 marca 2012r. – str 11-12

- w poz. 2 inwestycję dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Lublinie na dostarczenie zintegrowanego systemu informatycznego do Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego w Lublinie o wartości 2 872 486,04 zł, realizowanej w okresie 16 maja 2011-31 grudnia 2012 – należyte wykonanie tej usługi oraz jej zakres przedmiotowy potwierdzają protokół odbioru częściowego z 29 marca 2011, protokół odbioru częściowego z 4 sierpnia 2011r., protokół odbioru częściowego z 12 sierpnia 2011r., protokół odbioru częściowego z dnia 16 września 2011r., - str. 13 – 16 oferty

- w poz. 3 inwestycję dla Szpitala Powiatowego im. Dr Wojciecha Oczki SP ZOZ w Bełżycach na dostawę sprzętu komputerowego, stacji roboczych, drukarek, skanerów, serwerów na których został zbudowany klaster serwerowy z macierzą, zasilacze UPS. Oprogramowanie medyczne: Ruch Chorych, Zlecenia Medyczne, Blok Operacyjny, Blok Porodowy, Dokumentacja Medyczna, Rachunek Kosztów Leczenia, Rozliczenia z NFZ, Pracownie diagnostyczne z RTG oraz ucyfrowieniem pełnym pracowni, Apteka z Apteczkami oddziałowymi, Zakażenia Szpitalne, dokonano integracji z Laboratorium firmy Marcel. Oprogramowanie administracyjne: FK, środki trwałe, Kadry Płace, GM, administrator. O wartości 1 707 742,40 zł realizowanej w okresie 8 grudnia 2010-29 września 2011 – należyte wykonanie usługi oraz zakres przedmiotowy potwierdza referencja z dnia 29 września 2011r. załączona na stronie 12 oferty.

- w poz. 4 inwestycję dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Świdniku na dostawę zintegrowanego systemu informatycznego w zakresie HIS: Ruch Chorych, Dokumentacja medyczna, Zlecenia medyczne, Blok Porodowy, Rozliczenia z NFZ, Blok Operacyjny, Rachunek Kosztów Leczenia, Apteka i apteczka oddziałowa, Laboratorium, Zakażenia Szpitalne, Pracownia Diagnostyczna, Rozliczenia z NFZ; w zakresie ERP: Finanse księgowość, Kadry, Płace, Magazyn, Środki Trwałe; sprzęt komputerowy: stacje robocze, zasilacz awaryjny, 2 serwery, macierz o wartości 1 777 000,00 zł realizowaną w okresie 1 czerwca 2011 -30 września 2011 – do oferty nie załączono dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie.

Na str. 18 – 19 znajduje się formularz ofertowy załącznik nr 4 do siwz, w którym w pkt

5 wykonawca Comarch oświadczył, że Cena 36-miesięcznego kontraktu serwisowego po upływie gwarancji netto: 0,01 zł z podatkiem VAT 23% cena brutto 0,01 zł, zaś w pkt 17 wskazał, że następujące części niniejszego zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom:

- a) Impulsy Sp. z o.o. w zakresie dostawy sprzętu
- b) ESAPROJEKT Sp z o.o. w zakresie wdrożenia i dostawy licencji
- c) Opteam SA w zakresie dostawy sprzętu

W szczegółowym formularzu ofertowym – załączniku nr 4A do siwz odwołujący podał

1. Zestawy komputerowe szt. 50 Lenovo ThinkCenter M82e + Philips 221B3LPCB  
Klawiatura OCR Szt. 5 Klawiatura PrehMCH 11
2. Drukarki laserowe mono szt. 30 Brother HL 5240L (2lata)
3. Drukarka laserowa mono A3 szt. 2 OKI B840n (3lata)
4. Drukarka kodów kreskowych szt 3 Zebra GK420t (3 lata) + materiały 5 rolek (3 lata)
5. Drukarka opasek szt. 4 Zebra HC100 RS/USB +materiały 10 catrige na opaski (3lata)
6. Czytnik kodów kreskowych szt. 25 Motorola LS2208 USB
7. Kolektor danych szt. 1 Cipherlab CPT8001 L 2MB + dok USB (3lata)
8. Infokiosk szt. 2 Artboro NANUS 11
9. Serwery bazodanowe szt. 2 IBMx3550M4
10. Serwery aplikacyjne szt. 2 IBM x3550 M4
11. Macierz dyskowa szt. 1 IBM DS3512
12. UPS szt. 1 Eaton 9PX 5000i RT3U Netpack
13. Pamięć masowa NAS szt. 1 Seagate BlackArmor NAS 400
14. Pozostałe wyposażenie serwerowni (szafa dystrybucyjna typu RACK, switch sieciowy, przełącznik KVM,); Szafa dystrybucyjna; Szt. 1 Signati SSR-42-600xl200  
Switch sieciowy szt 1 Netgear GSM7328S-200  
Przełącznik KVM Szt. 1 Aten KN-2124V
15. Systemy operacyjne typu Windows Serwer 2008 szt. 2 Windows Serwer 2008
16. Systemy operacyjne typu Red Hat Linux szt. 2 Red Hat Enterprise Linux Server, Standard
17. Systemy operacyjne typu Cluster Suife Linux 2High-Availability Oprogramowanie systemu baz danych typu Oracle (licencja per procesor) Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na pytania 120 i 121 z dnia 22.10.2012 szt. 4 - zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na pytania 120 i 121 z dnia 22.10.2012 Oracle Standard Edition
19. Oprogramowanie HIS:
  - 19.1 Izba Przyjęć Stanowisko 5 ESAPROJEKT/OPTIMED

- 19.2 Statystyka Medyczna Stanowisko 4 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.3 Oddział - Harmonogramy pracy Stanowisko 20 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.4 Oddział Stanowisko nielimitowane ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.5 Kolejka oczekujących Stanowisko nielimitowane ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.6 Archiwum Stanowisko 1 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.7 Rejestracja Poradni Stanowisko 7 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.8 Poradnia/Gabinet Stanowisko 7 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.9 Dokumentacja Medyczna Stanowisko nielimitowane ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.10 Zlecenia Medyczne Stanowisko nielimitowane ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.11 Ambulatoryjna Dokumentacja Medyczna Stanowisko 5 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.12 Rozliczanie z Płatnikami NFZ Stanowisko 4 ESAPROJEKT/Optikom
- 19.13 Gruper Serwer nielimitowane ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.14 Kalkulacja Kosztów Procedur Medycznych Stanowisko 1 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.15 Rachunek Kosztów Leczenia Stanowisko 1 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.16 Blok Operacyjny Stanowisko 2 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.17 Blok Porodowy Stanowisko 2 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.18 Laboratorium Stanowisko 12 ATD Software/ProfLab
- 19.19 Bakteriologia Stanowisko 4 ATD Software/ProfLab
- 19.20 Histopatologia Stanowisko 1 ESAPROJEKT/HISTOMED
- 19.21 Sterowniki do urządzeń laboratoryjnych i bakteriologicznych Urządzenie 18 ATD Software/ProfLab
- 19.22 Bank Krwi Stanowisko 2 ESAPROJEKT/BAKS
- 19.23 RIS Stanowisko 6 ESAPROJEKT/CRID
- 19.24 Apteka Stanowisko 3 Politechnika Poznańska/ESKULAP
- 19.25 Apteczka Oddziałowa Stanowisko 38 Politechnika Poznańska/ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.26 Zakażenia Szpitalne Stanowisko 1 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.27 Żywnienie Stanowisko 2 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 29.28 Dializy Stanowisko 2 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.29 Administrator Stanowisko 2 ESAPROJEKT/OPTIMED
- 19.30 e-Pacjent Serwer 1 ESAPROJEKT/BlueWhite
- 19.31 eWyniki Serwer 1 ESAPROJEKT/BlueWhite

W części tajnej oferty nie ma wykazu dostaw.

W części tajnej oferty Comarch;

Od str. 130 do 132 znajduje się wykaz osób, gdzie dla każdej z osób wskazano zakres czynności, kwalifikacje, wykształcenie staż pracy, certyfikaty, doświadczenie zawodowe i wymieniono projekty oraz wskazano podstawę dysponowania,

Na str. 134- 183 znajduje się załącznik nr 5A, na str. 186-207 znajduje się załącznik nr 5B, na str. 212-238 znajduje się załącznik 5C, gdzie podano modele i producentów zgodnie z jawnym szczegółowym formularzem ofertowym.

Od strony 278 do końca certyfikaty ISO, CE oraz oświadczenia producentów.

W dniu 31 października 2012r. odwołujący wystąpił do zamawiającego o wykonanie na jego rzecz kopii złożonych ofert z wyłączeniem informacji zastrzeżonych jako niejawne. W tym samym dniu odwołujący uzyskał wgląd do części jawnej złożonych ofert.

W dniu 9 listopada 2012r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o umożliwienie wglądu w protokół postępowania w zakresie oferty Comarch i wskazał, że po zapoznaniu się z treścią jawną oferty złożonej przez firmę Comarch nie ma wątpliwości, że wykonawca ten zastrzegł dokumenty, które nie wypełniają przesłanek pozwalających uznać je za dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa lub w ofercie nie zostały przedłożone wszystkie dokumenty wymagane przez zamawiającego w SIWZ. Wobec powyższego w oparciu o delegację art. 96 ust. 3 ustawy oraz z art. 12 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. nr 112, poz. 1198), zwrócił się o wykonanie kserokopii oferty Comarch także w zakresie następujących dokumentów objętych przez Comarch tajemnicą przedsiębiorstwa :

1. Wymagany w pkt. 8.1.2 SIWZ Wykaz Osób (wymóg opisany szczegółowo w pkt. 7.3 SIWZ)
  - a. certyfikat Prince 2 lub równoważny dla Kierownika Projektu oraz 10 Specjalistów ds.wdrożeń oprogramowania aplikacyjnego,
  - b. certyfikaty Specjalisty baz danych potwierdzający odbycie szkoleń z zakresu bazy danych oferowanej w postępowaniu.
2. Wymagane załączniki do wzoru umowy będącej załącznikiem nr 6 do SIWZ:
  - a. Harmonogram realizacji projektu - Zał. 4 do umowy,
  - b. Wykaz danych niezbędnych do realizacji projektu - Zał. 5 do umowy,
  - c. Umowa licencyjna - zał. 6 do umowy,
  - d. Standardy branżowe - zał. 8 do umowy,
  - e. Formularz zgłoszenia błędu/zapotrzebowania na konsultację w systemie Help Desk (zrzut z ekranu) - zał. 8 do umowy.
3. Zakres jakościowy SIM określony w załączniku 5A do SIWZ oraz wymagane w nim dokumenty:
  - a. instrukcja obsługi prezentująca sposób współpracy z SIM kolektora wskazanego w pkt. 72 w kolumnie „Informacje Wykonawcy”.
4. Zakres jakościowy ERP określony w załączniku nr 5B do SIWZ oraz wymagane w nim dokumenty:

- a. Instrukcja obsługi prezentująca sposób współpracy z ERP kolektora wskazanego w pkt. 44 w kolumnie „Informacje Wykonawcy”.
5. Zakres jakościowy oferowanej infrastruktury określony w załączniku 5C do SIWZ wraz z wymaganymi w nim dokumentami:
- a. Certyfikat ISO 9001 dla producenta zestawów komputerowych,
  - b. Deklaracja CE dla producenta zestawów komputerowych,
  - c. Certyfikat ISO 9001:2008 firmy świadczącej usługi serwisowe dla zestawów komputerowych,
  - d. Oświadczenie Producenta lub Autoryzowanego Partnera serwisowego potwierdzające, że Serwis zestawów komputerowych będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera,
  - e. Oświadczenie producenta komputera, że w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem,
  - f. Oświadczenie producenta o głośności jednostki centralnej mierzonej zgodnie z ISO 7779 oraz wykazanej zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji operatora w trybie pracy dysku twardego (WORK) wynosi maksymalnie 26dB,
  - g. Oświadczenie oficjalnego dystrybutora klawiatur z wbudowanym czytnikiem OCR na rynku Polskim, potwierdzające integrację z systemem HIS oferowanym przez Wykonawcę,
  - h. Certyfikat ISO 9001 oraz ISO 14001 dla serwera bazodanowego oferowanego w postępowaniu,
  - i. Deklaracja CE dla serwera bazodanowego oferowanego w postępowaniu,
  - j. Certyfikat ISO 9001 oraz ISO 14001 dla serwera aplikacyjnego oferowanego w postępowaniu,
  - k. Deklaracja CE dla serwera aplikacyjnego oferowanego w postępowaniu,
  - l. Certyfikat ISO 9001:2008 dla firmy serwisującej serwer aplikacyjny oferowany w postępowaniu,
  - m. Dokument potwierdzający autoryzację producenta serwera aplikacyjnego dla firmy serwisującej,
  - n. Oświadczenie producenta serwera, że w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej serwer aplikacyjny, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.

Jednocześnie odwołujący wskazał, że w odniesieniu do dokumentów wymienionych w punktach: 2b, 2c, 2d, 2e, 3a, 4a bez znajomości ich treści nie jest w stanie określić czy nie zachodzi możliwość zasadnego ich zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Pozostawił to pod ocenę



zamawiającego. Prosił także o dołączanie do rzeczonych dokumentów kserokopii korespondencji z firmą Comarch, jeżeli taka była prowadzona.

Pismem z dnia 12 listopada 2012r. zamawiający wezwał Comarch do na podstawie art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Ustawy PZP (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) do uzupełnienia i wyjaśnienia następujących dokumentów wchodzących w skład oferty (w zakresie spornym):

3) uzupełnienie potwierdzenia należytego wykonania dostawy wymienionej w pkt. 4 wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert - strona nr 9 oferty; Uzasadnienie: brak w ofercie

4) wyjaśnienie wyliczenia wartości pozycji 18 (strona nr 22 oferty) wobec oświadczenia zawartego w pkt. 4 formularza ofertowego - zał nr 4 - strona nr 18;

6) na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnienia dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie pkt. nr 5 oferty: cena 36-miesięcznego kontraktu serwisowego po upływie gwarancji strona nr 19 oferty.

7) wyjaśnienia złożonej oferty w zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników:

- nr 3 - wykaz osób;

- wymagane załączniki do wzoru umowy będącej załącznikiem nr 6 do siwz:

- a) harmonogram realizacji projektu - zał. 4 do umowy
- b) wykaz danych niezbędnych do realizacji projektu - zał. 5 do umowy;
- c) umowy licencyjna - zał. 6 do umowy
- d) standardy branżowe - zał. 8 do umowy
- e) formularz zgłoszenia błędu/ zapotrzebowania na konsultację w systemie Help Desk (zrzut z ekranu) - zał. 8 do umowy;
- f) zał. 5A - zakres jakościowy przedmiotu zamówienia - specyfikacja funkcjonalna SIM, a w nim instrukcja obsługi prezentująca sposób współpracy z SIM kolektora wskazanego w pkt. 72 w kolumnie „Informacja Wykonawcy”;
- g) zał. 5B - zakres jakościowy przedmiotu zamówienia - specyfikacja funkcjonalna ERP, a w nim instrukcja obsługi prezentująca sposób współpracy z ERP kolektora wskazanego w pkt. 44 w kolumnie „Informacje Wykonawcy”;
- h) zał. 5C - zakres jakościowy oferowanej infrastruktury wraz z

wymaganymi dokumentami. Uzasadnienie:

Zdaniem zamawiającego do powyższych dokumentów nie mają zastosowania przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do zastrzeżonych jako tajemnica załączników (np. 5A i 5B), gdzie wykonawcy w podanych do publicznej wiadomości formularzach (opublikowanych na stronie internetowej zamawiającego) mieli potwierdzić spełnianie wymogów zamawiającego.

W dniu 14 listopada Comarch odpowiedział (w zakresie spornym), że składane przez niego wyjaśnienia i uzupełnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w związku z czym nie mogą być ujawniane żadnej z firm biorącej udział w tym postępowaniu i przeznaczone są wyłącznie do wiedzy zamawiającego. Comarch wyjaśnił, że podana cena 36-miesięcznego kontraktu serwisowego po upływie gwarancji przedstawiona w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu obejmuje całkowity koszt realizacji kontraktu serwisowego wymagany przez zamawiającego. Podana cena jest całkowita i ostateczna. Nie jest to w żadnym przypadku cena poniżej kosztów. Cena ta jest realna, rzetelna i gwarantuje należyte wykonanie kontraktu serwisowego. Spełnione są wszystkie wymagania zamawiającego. Zaoferowana cena 1 gr za dodatkowe 36 miesięcy opieki serwisowej wynika z faktu, że firma ESAPROJEKT Sp. z o.o. - producent oferowanego systemu, przedstawił firmie Comarch Polska ofertę z góry uwzględniającą wymaganą opiekę serwisową na 72 miesiące. Tak więc z punktu widzenia firmy Comarch Polska niezależnie od faktu, czy wymagana jest 36 czy też 72 kwota zakupu oprogramowania jest taka sama. W formularzu ofertowym został wpisany 1 gr, jest to bowiem najmniejsza kwota jaka może być użyta zgodnie ze wzorem (zastosowanie 0 uniemożliwiłoby użycie przedstawionego wzoru). Comarch jest w stanie zaoferować tak konkurencyjną cenę, ponieważ podwykonawca - firma ESAPROJEKT Sp. z o.o. - zaoferował Comarch Polska S.A. wdrożenie systemu wraz z wymaganą w SIWZ gwarancją oraz 36 miesięczny kontrakt serwisowy na obsługę zainstalowanego ZSI - bez dodatkowych kosztów. Oferowana dla Comarch Polska S.A. przez podwykonawcę - firma ESAPROJEKT Sp. z o.o. - cena za wdrożenie obejmuje wymaganą w SIWZ gwarancję oraz 36 miesięczny kontrakt serwisowy na obsługę zainstalowanego ZSI. W zakresie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnił, iż zastrzeżenie przez niego części złożonej oferty jest na gruncie Ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalnym ograniczeniem w zakresie jawności. Wykonawca podtrzymuje swoje zastrzeżenie w zakresie objętych tajemnicą informacji w swojej ofercie, ponieważ było i jest zasadne. Zgodnie z przepisem art 8 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych wykonawca może zastrzec, iż część oferty nie może być udostępniona, wyłącznie w przypadku, gdy zawiera ona informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Comarch poprawnie zakwalifikował wskazane w ofercie informacje jako część oferty zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11

ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 ze zm.) oraz wypracowanej przez doktrynę i judykaturę wykładni tego przepisu. Zastrzeżone we wskazanych dokumentach/oświadczeniach informacje należy brać pod uwagę jako jedną całość składającą się na treść dokumentu, nie mogą one być wrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ w takim przypadku mogłoby pośrednio dojść do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje jako całość nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Comarch podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zamawiający musi mieć na uwadze, że ujawnienie pojedynczych informacji niweczy tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wynikające z niej przesłanki. Wskazał kiedy informacja ma charakter technologiczny. Powołał następujące orzecznictwo SN - Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzec. SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzec. SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67). wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2001-09-05, I CKN 1159/00, opubl: OSNC 2002, Nr 5, poz. 67). Wskazał, iż zarówno podwykonawcy jak i podmioty udostępniający zasoby zobowiązali Comarch Polska S.A. do zachowania poufności i zastrzeżenia tajemnicą informacji zawartych w dokumentach, których wyjaśnienia tajemnicy domaga się zamawiający. Odnosząc się szczegółowo do zastrzeżonych przez Wykonawcę dokumentów, należy wyjaśnić zastrzeżenie tajemnicy w sposób następujący.

Odnosnie informacji dotyczących wykazu osób, Comarch wskazał, że wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku o sygn. V Ca 421/07 stwierdził, że wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykaz osób stanowi informacje o niewątpliwie wartości dla firmy informatycznej, biorąc zwłaszcza pod uwagę sytuację na rynku pracy w branży informatycznej i związane z tym ryzyko „podbierania” personelu. Informacje te należy brać pod uwagę jako całość, co oznacza, że przykładowo jawność dokumentów potwierdzających wymagane uprawnienia niweczyłaby zastrzeżenie poufności, wykazu osób. Na potwierdzenie przytoczył również uzasadnienie wyroku KIO z dnia 13 maja 2010 r., sygn. akt KIO 667/10.

Jeśli chodzi o:

- Harmonogram realizacji projektu - dokument ten zawiera informacje techniczne i organizacyjne, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.
- Wykaz danych niezbędnych do realizacji projektu - dokument ten zawiera informacje techniczne i organizacyjne, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Ten załącznik

uwzględnia katalog potrzeb dla części medycznej i administracyjnej systemu jakie Zamawiający powinien udostępnić Wykonawcy przed wdrożeniem systemu. Ten załącznik zdradza nasze podejście do wdrożenia oraz jakie są istotne dla nas informacje wykonując nasze procedury wdrożeniowe,

- Umowa licencyjna - zapisy umowy zawierają informacje techniczne i handlowe, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa
  - Standardy branżowe - dokument ten zawiera informacje techniczne i organizacyjne, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Chodzi o wzory protokołów, metodologie wdrożenia, organizacja projektu, które zawierają informacje techniczne i handlowe,
  - Zał. 8 do umowy - dokument ten zawiera informacje techniczne i organizacyjne, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zrzut ekranowy formularza błędu/zapotrzebowania na konsultacje w systemie HelpDesk też zawiera informacje techniczne i handlowe,
- o Zał. 5A - dokument ten zawiera informacje techniczne i organizacyjne, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zakres jakościowy przedmiotu zamówienia dla części medycznej, w której wykazał spełnianie przez system poszczególnych funkcji systemu wymienionych przez zamawiającego jako bezwzględne do spełnienia oraz jako opcjonalne. O ile w przypadku bezwzględnych muszą być spełnione, o tyle w przypadku opcjonalnych odtajnienie ich ujawnia funkcjonalność systemu, a zarazem sposób działania naszego systemu, itd.; Poza tym instrukcja obsługi prezentująca sposób współpracy z SIM kolektora wskazanego w pkt. 72 jest opisem własnym wykonawcy.
- Zał. 5B - dokument ten zawiera informacje techniczne i organizacyjne, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zakres jakościowy systemu w zakresie części administracyjnej, w której wykazał spełnianie przez system poszczególnych funkcji systemu wymienionych przez zamawiającego jako bezwzględne do spełnienia oraz jako opcjonalne; O ile w przypadku bezwzględnych muszą być spełnione, o tyle w przypadku opcjonalnych odtajnienie ich ujawnia funkcjonalność systemu, a zarazem sposób działania naszego systemu, itd. Poza tym instrukcja obsługi prezentująca sposób współpracy z ERP kolektora wskazanego w pkt. 44 jest opisem własnym wykonawcy.
- Zał. 5C - dokument ten zawiera informacje techniczne i organizacyjne, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zakres jakościowy oferowanej infrastruktury wraz z wymaganymi dokumentami przedstawia rozwiązanie sprzętowe, jego konfiguracje, nazwy oferowanych modeli sprzętu, a także [co prawda osobno załączone] dokumenty oświadczenia dostawców oraz certyfikaty dla oferowanego sprzętu, które również są informacją tajną ze względu na to, że przedstawiają poufne, informacje otrzymane od dostawców sprzętu i dostawców serwisu sprzętu.

Dla oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może mieć znaczenia czy zastrzeżony dokument stanowił załącznik do SIWZ, który miał być wypełniony przez wykonawców, jak i nie może mieć znaczenia fakt, że byłby on załącznikiem do umowy. Przede wszystkim należy zauważyć, że zgodnie z art. 139 ust. 3 Ustawy umowy o zamówienie publiczne są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Zamawiający powinien mieć na względzie te zasady wyrażone w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, mówiące m.in. o tym, że (art. 5 ust. 1 i 2) prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych; także ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastosowanie znajdują przepisy Ustawy z 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przedsiębiorstwie Comarch, obowiązują następujące zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa:

- Wymagania systemu zarządzania jakością ISO 9001:2000,
- Wymagania polityki bezpieczeństwa zgodne z normą ISO 27001,
- klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi,
- klauzule poufności we wszystkich umowach handlowych - obejmujące zarówno kontrahenta, jak i pracowników oraz osoby współpracujące z kontrahentem.

Zgodnie z Polityką Bezpieczeństwa - dokumentem opracowanym na podstawie normy ISO 27001 z uwzględnieniem wymagań prawa polskiego, ustalono reguły klasyfikacji wartościowych danych na kilka poziomów. Informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty należą do danych *poufnych/do użytku wewnętrznego*, co oznacza, że są to informację, które wolno udostępnić każdej osobie będącej tylko i wyłącznie pracownikiem firmy. Informacje zaklasyfikowane jako *dane poufne/do użytku wewnętrznego* to wszystko to, co używane jest w bieżącej działalności firmy a nie powinno być udostępniane na zewnątrz np. informacje takie jak ww. zastrzeżone w ofercie. Udostępnianie powyższych informacji osobie nieupoważnionej może wyrządzić szkodę firmie Comarch, kontrahentom, kooperantom, klientom lub pracownikom, Zgodnie z polityką bezpieczeństwa opracowaną w przedsiębiorstwie Comarch, przed udostępnianiem takich informacji osobom trzecim, takim jak przedstawiciele dostawców, wynajęci pracownicy, firmy partnerskie i inni przedsiębiorcy należy podpisać z nimi stosowną umowę o poufności tych danych. Dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość firmy Comarch jak i kontrahentów Comarch. Bez zachowania poufności nie można skutecznie konkurować na wolnym rynku. Wymagania bezpieczeństwa i środki zabezpieczeń odpowiadają wartości biznesowej oraz potencjałowi szkody dla działalności biznesowej, które mogłyby być wynikiem braku zabezpieczeń. W

związku z tym Comarch podejmuje odpowiednie kroki w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony systemów informatycznych i samej informacji przed różnego rodzaju zagrożeniami.

W dniu 14 listopada 2012r. zamawiający wezwał Comarch do na podstawie art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Ustawy PZP (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) Zamawiający wzywa do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów wchodzących w skład części niejawnej oferty przy czym to wezwanie jak i odpowiedź nie zostały udostępnione odwołującemu. W dniu 16 listopada 2012r. Comarch odpowiedział na to wezwanie.

W dniu 15 listopada 2012r. zamawiający wezwał Comarch do ustosunkowania się do zarzutów odwołującego oraz złożeniem pisma zarzucającego złożenie dokumentów, które zdaniem SI ALMA nie potwierdzają spełnienia określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych dostaw.

W dniu 19 listopada 2012r. Comarch odpowiedział, że posługiwanie się linkami internetowymi w celu podważenia zakresu wykonanych prac przez podmioty udostępniające Comarch Polska S.A. zasoby nie jest miarodajne. Wszystkie prace/usługi wskazane w wykazie w postępowaniu przez Comarch Polska S.A. spełniają wszystkie wymagania zamawiającego określone w warunku udziału w postępowaniu, co wynika jednoznacznie z wykazu oraz załączonych dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, Dokumenty te ponadto są zgodne z przepisami Ustawy PZP oraz spełniają wszystkie wymogi Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający (...) (Dz. U. Dz.U.2009.226.1817). W załączeniu w celu ostatecznego rozwiania wszelkich wątpliwości przedkładamy oświadczenia podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby, które ustosunkowały się do zarzutów firmy odwołującego, Oświadczenia te jednoznacznie potwierdzają, że przedmiotowe zamówienia udostępnione w trybie art. 26 ust. 2 b) Ustawy P2P spełniają wymagania postawione przez zamawiającego. Comarch załączył oświadczenie ESAprojekt i Implusy

Do dalszej części zarzutów Comarch ustosunkował się w piśmie z dnia 29 listopada 2012r. W zakresie związanym z tym pismem Comarch odwołujący cofnął zarzuty.

W dniu 18 grudnia 2012r. zamawiający przesłał odwołującemu odtajnione wyjaśnienia i uzupełnienia oferty wykonawcy Comarch Polska SA z Krakowa złożone do postępowania 47/2012 wg poniższego wykazu:

- pismo przewodnie z dnia 18.12.2012 r.
- zgoda na odtajnienie Comarch z dnia 05.12.2012r.
- wezwanie do uzupełnienia z dnia 13.11.2012 r.
- uzupełnienie Comarch z 15.11.2012 r.
- wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 15.11.2012 r.
- -wyjaśnienia Comarch z 19.11.2012 r.

- wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 26.11.2012 r.
- wyjaśnienia Comarch z dnia 29.12.2012 r.

Na rozprawie odwołujący i przystępujący złożyli:

Wyciąg z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup sprzętu medycznego, ucyfrowienie RTG oraz wdrożenie systemu IT w Szpitalu powiatowym im. W. Oczki w Bełżycach” Nie wynika moduł lub implementacja modułu laboratorium ani apteczka oddziałowa czy apteka.

Wyciąg z dokumentacji konkurs ofert sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne w zakresie diagnostyki laboratoryjnej, serologii transfuzjologicznej i mikrobiologii,

Wyciąg z dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i wdrożenia „Zintegrowanego Systemu Informatycznego”

Wyciąg z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i wdrożenia „Zintegrowanego systemu informatycznego” (WSZSP-RZP-333/95/2010)

Wyciąg z siwz str 63 i 64 z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup sprzętu medycznego, ucyfrowienie RTG oraz wdrożenie systemu IT w Szpitalu powiatowym im. W. Oczki w Bełżycach”

Pismo SPZOZ w Bełżycach do odwołującego z dnia 27 grudnia 2012r. „W odpowiedzi na pytania formułuję ”został dostarczony moduł apteki głównej oraz apteczki oddziałowej.

Oferta ESAPROJEKT dla Comarch Polska SA z 18 października 2012r. z której wynika, że w ramach wdrożenia ZSI ESA projekt oferuje wymaganą w siwz gwarancję oraz 36 miesięczny kontrakt serwisowy po upływie gwarancji dla wdrożonego ZSI bez dodatkowych kosztów dla Comarch Polska SA.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która nie została uznana przez zamawiającego na podlegającą odrzuceniu i został sklasyfikowany na drugim miejscu w rankingu ofert. Jego odwołanie zmierza do wyeliminowania z postępowania wykonawcy wybranego, a więc zapewnienia odwołującemu możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, który zakładał z tytułu realizacji zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez zaniechanie udostępnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Comarch jako tajemnica przedsiębiorstwa,

Zarzut zasługuje częściowo na uwzględnienie. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępującego, że zarzut jest spóźniony i powinien być podniesiony w terminie liczonym od dnia 31 października 2012r., kiedy odwołujący uzyskał wgląd do oferty przystępującego. Przede wszystkim należy wskazać na treść art. 180 ust. 1 ustawy, że odwołanie przysługuje na czynność zamawiającego dokonaną niezgodnie z przepisami ustawy lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy.

Niewątpliwie nieudostępnienie dokumentów jednego wykonawcy, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa innemu zainteresowanemu wykonawcy powinno być kwalifikowane jako zaniechanie zamawiającego. Tym samym trzeba ustalić kiedy powstawał po stronie zamawiającego obowiązek udostępnienia oferty jednego wykonawcy innemu wykonawcy w takiej części, w jakiej nie stanowi ona tajemnicy przedsiębiorstwa. Oferty są jawne, zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy od chwili ich otwarcia. Jednakże sam ten fakt nie może być uznany za początek moment, w którym zamawiający zaczyna pozostawać w zwłoce z udostępnieniem dokumentów nieuprawnienie utajnionych. W celu wykonania bowiem obowiązku wynikającego z art. 8 ust. 2 ustawy tj. zweryfikowania, czy ograniczenie dostępu do informacji znajduje uzasadnienie i oparcie w art. 8 ust. 3 ustawy, zamawiający ma obowiązek dokonać czynności analizy informacji zastrzeżonych pod kątem spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W dniu otwarcia oferty nie jest często w stanie takiej czynności dokonać. Najpierw bowiem należy ustalić, czy i jakie dokumenty zostały przez wykonawców zastrzeżone, ewentualnie zwrócić się o wyjaśnienia do wykonawców zastrzegających tajemnicę i ostatecznie podjąć decyzję o uznaniu zastrzeżenia za mające oparcie w treści art. 8 ust. 3 ustawy lub też nie i wówczas podjęciu decyzji, co do udostępnienia informacji zastrzeżonej innym wykonawcom. Dopiero, gdy zamawiający nie wykona tych czynności lub mimo ich wykonania nie dokonuje odtajnienia, wówczas można uznać, że pozostaje w zwłoce, co do wykonania obowiązku udostępnienia informacji z art. 8 ust. 2 ustawy. Z tego też względu brak jest możliwości określenia jednolicie terminu na wniesienie odwołania na takie zaniechanie. Każdorazowo będzie to zależało do okoliczności wynikających z postępowania o udzielenie zamówienia. Zwłaszcza, że zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy odwołanie na zaniechanie wnosi się w określonym terminie liczonym od chwili kiedy odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia. Może być bowiem tak, że zamawiający będzie w stanie samodzielnie zweryfikować zastrzeżone informacje i podjąć



określone decyzje w dniu otwarcia ofert np. wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa wyłącznie cenę i warunki płatności, a zamawiający ich nie odtajnia wbrew wyraźnemu brzmieniu art. 86 ust. 4 w związku z art. 8 ust. 3 ustawy, wówczas termin powinien być liczony od daty otwarcia ofert. Może być też tak, że wykonawca zwraca się o udostępnienie oferty konkurencji, zamawiający odpowiadając na prośbę wyraźnie wskazuje, że określonych dokumentów z oferty nie udostępni uważając ją za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wówczas termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od daty odpowiedzi zamawiającego, gdyż wynika z niej, że zamawiający dokonał czynności weryfikacji (albo jej zaniechał) i nieprawidłowo przyjął, że określone dokumenty to tajemnica. Wreszcie czynność weryfikacji informacji może być rozłożona w czasie i zwłokę będzie można liczyć od zakończenia weryfikacji. Przejawem zakończenia takiej weryfikacji będzie także wybór oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie udostępnił odwołującemu pełnej oferty Comarch w dniu 31 października 2012r., nie odpowiedział na pismo odwołującego z dnia 9 listopada 2012r., pismem dnia 12 listopada 2012r. wzywał przystępującego do podania podstaw zastrzeżenia tajemnicy, ponadto w ramach wyjaśnień i uzupełnień pojawiały się nowe informacje o zastrzeżeniu tajemnicy. Zamawiający co do żadnej z nich nie dał odwołującemu informacji o tym jaką decyzję podjął. Tym samym zasadne jest twierdzenie odwołującego, że o tym, iż zamawiający postanowił nie odtajniać żadnej z zastrzeżonych informacji dowiedział się dopiero z informacji o wyniku postępowania. W ocenie Izby podniesiony zarzut został poniesiony w terminie wynikającym z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy i nie jest spóźniony.

Odwołujący domagał się odtajnienia następujących dokumentów :

1. Wykaz zamówień (część niejawną) - w tym zakresie odwołujący warunkowo zarzut cofnął, o ile potwierdzą się stanowiska zamawiającego i przystępującego, że kompletny wykaz dostaw znajdował się w części jawnej oferty Comarch i
2. Wykaz Osób oraz
  - a. certyfikat Prince 2 lub równoważny dla Kierownika Projektu oraz 10 Specjalistów ds. wdrożeń oprogramowania aplikacyjnego,
  - b. certyfikaty Specjalisty baz danych potwierdzający odbycie szkoleń z zakresu bazy danych oferowanej w postępowaniu.
3. Zakres jakościowy SIM określony w załączniku 5A do SIWZ,
4. Zakres jakościowy ERP określony w załączniku nr 5B do SIWZ,
5. Zakres jakościowy oferowanej infrastruktury określony w załączniku 5C do SIWZ wraz z wymaganymi w nim dokumentami:
  - a. Certyfikat ISO 9001 dla producenta zestawów komputerowych,
  - b. Deklaracja CE dla producenta zestawów komputerowych,

- c. Certyfikat ISO 9001:2008 firmy świadczącej usługi serwisowe dla zestawów komputerowych,
- d. Oświadczenie Producenta lub Autoryzowanego Partnera serwisowego potwierdzające, że Serwis zestawów komputerowych będzie realizowany przez Autoryzowanego Partnera – w tym zakresie zarzut i żądanie odwołujący cofnął na rozprawie i Izba nie dokonała rozpoznania zarzutu merytorycznie.
- e. Oświadczenie producenta komputera, że w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem– w tym zakresie zarzut i żądanie odwołujący cofnął na rozprawie i Izba nie dokonała rozpoznania zarzutu merytorycznie.
- f. Oświadczenie producenta o głośności jednostki centralnej mierzonej zgodnie z ISO 7779 oraz wykazanej zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji operatora w trybie pracy dysku twardego (WORK) wynosi maksymalnie 26dB– w tym zakresie zarzut i żądanie odwołujący cofnął na rozprawie i Izba nie dokonała rozpoznania zarzutu merytorycznie.,
- g. Oświadczenie oficjalnego dystrybutora klawiatur z wbudowanym czytnikiem OCR na rynku Polskim, potwierdzające integrację z systemem HIS oferowanym przez Wykonawcę– w tym zakresie zarzut i żądanie odwołujący cofnął na rozprawie i Izba nie dokonała rozpoznania zarzutu merytorycznie,
- h. Certyfikat ISO 9001 oraz ISO 14001 dla serwera bazodanowego oferowanego w postępowaniu,
- i. Deklaracja CE dla serwera bazodanowego oferowanego w postępowaniu,
- j. Certyfikat ISO 9001 oraz ISO 14001 dla serwera aplikacyjnego oferowanego w postępowaniu,
- k. Deklaracja CE dla serwera aplikacyjnego oferowanego w postępowaniu,
- l. Certyfikat ISO 9001:2008 dla firmy serwisującej serwer aplikacyjny oferowany w postępowaniu,
- m. Dokument potwierdzający autoryzację producenta serwera aplikacyjnego dla firmy serwisującej,
- n. Oświadczenie producenta serwera, że w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej serwer aplikacyjny, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.

Izba stwierdziła, że wykaz dostaw znajduje się wyłącznie w części jawnej oferty Comarch, z tego względu żądanie jego odtajnienia było nieuzasadnione. W odniesieniu do wykazu osób Izba uznała, że dokument ten może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa zawiera bowiem informację o sposobie organizacji kadrowego zaplecza przystępującego. Wskazuje on osoby z imienia i nazwiska, z podaniem informacji nie tylko co do kwalifikacji, doświadczenia, czy wiedzy, ale także sposobu dysponowania osobą i jej roli w realizacji inwestycji. W ocenie

Izby ochronie może podlegać w tym przypadku zbiór tych wszystkich informacji, gdyż przystępujący funkcjonuje na rynku usług, a jakość, renomę przedsiębiorstwa w sektorze usługowym buduje prawidłowy sposób doboru osób tę usługę realizujących. Usługi sektora IT głównie opierają się na wiedzy i doświadczeniu informatyków. To dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa przystępującego lub osób, którymi przystępujący dysponuje ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi. W ocenie Izby fakt, że w przyszłości na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego usługę może stać się jawny nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby możliwe są sytuacje, w których wola przedsiębiorcy decyduje o byciu tajemnicy przykładowo można wskazać na przemysł samochodowy, gdzie powszechne jest utrzymywanie tajemnicy dotyczącej nowego modelu danej marki do czasu określonych targów branżowych. Podobnie na rynku usług branży IT nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia. Utrzymanie w tym zakresie poufności do czasu co najmniej zawarcia umowy, może mieć wymiar gospodarczy – możliwe jest zaproponowanie tego samego zestawu osobowego w innym podobnym postępowaniu w przypadku nie uzyskania zamówienia. Nie bez znaczenia jest także podniesiona przez przystępującego okoliczność obawy przed podkupywaniem pracowników. Utrzymanie danych osobowych wskazanych osób może chronić tak przedsiębiorcę jak i wskazane osoby przed próbą ich pozyskania przez konkurencję. W odniesieniu do przedsiębiorcy zachowanie poufności może oszczędzić mu kosztów w przypadku konieczności ponownego kompletowania zespołu w sytuacji podkupienia pracowników. Badając przesłanki zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba każdorazowo musi wyważyć pomiędzy interesem przedsiębiorcy a interesami innych wykonawców, którzy mają prawo do kontroli poprawności działań zamawiającego, w tym przypadku polegających na badaniu oferty Comarch pod względem zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania. Izba w tym konkretnym przypadku stoi na stanowisku, że argumentacja przystępującego zawarta w piśmie z dnia 14 listopada 2012r. zasługuje na uwzględnienie i zamawiający prawidłowo ocenił, że wykaz osób może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy. Tym samym w tym zakresie Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego zarzucanych mu przepisów ustawy. Wobec faktu, że ochronie w tym przypadku podlega zbiór informacji – tj. zestaw dobranych osób, również za prawidłowo zastrzeżone należy uznać dokumenty w postaci certyfikatów Prince 2 lub równoważnych i certyfikaty odbycia szkoleń. Ujawnienie tych dokumentów pozwalałoby na częściowe odtworzenie informacji zawartych w zbiorze, co do imion i nazwisk wskazanych w zbiorze osób, a także co do ich umiejętności, a to z kolei prowadziłoby do pośredniego ujawnienia tajemnicy zbioru. Z tego względu prawidłowe było działanie zamawiającego,

polegające na przyjęciu wyjaśnień przystępującego. Zamawiający nie naruszył zarzucanych mu przepisów ustawy. W odniesieniu do załącznika nr 5A i nr 5B Izba uznała, że rację częściowo należy przyznać przystępującemu. Z ustaleń stanu faktycznego wynika, że zamawiający przygotował oba te załączniki i określił jednoznacznie i w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców kolumnę nr 2 „Wymagania”, wskazał w kolumnie nr 3, które wymagania są przez niego bezwzględnie wymagane i dla tych wymagań deklaracji „TAK” pod rygorem odrzucenia oferty. Dowolność wykonawców przy wypełnianiu dotyczyła tych wymagań zamawiającego, które były opcjonalne, a zatem ich nie spełnienie nie skutkowało odrzuceniem oferty oraz kolumny 5, w której wykonawcy mogli zawrzeć własne informacje. Tym samym dla kontroli złożonej oferty wystarczające było poznanie przez pozostałych wykonawców załączników nr 5 A i 5B w części obejmującej wymagania bezwzględne. Tylko bowiem w tym zakresie niewłaściwa przez zamawiającego ocena deklaracji „NIE”, braku odpowiedzi, czy deklaracja niejednoznaczna powodowała naruszenie ustawy. Informacje udzielane przez wykonawców w tym zakresie mogą mieć znaczenie techniczne czy technologiczne, ale w ocenie Izby udzielenie odpowiedzi TAK lub NIE nie powoduje ich ujawnienia, bo samo wymaganie było określone przez zamawiającego i jawne dla wszystkich wykonawców i odnosiło się do tego co dla zamawiającego ma być zrealizowane, a tym samym nie mogło stanowić tajemnicy. Przeciwna sytuacja ma miejsce w przypadku wymagań opcjonalnych, gdzie to od specyfiki oferowanego rozwiązania zależy to, czy opcja jest zapewniona, zamawiający jej realizacji nie wymaga, a co najwyżej traktuje ją jako dodatkową. Tym samym nie można uznać, że taka dana przez opisanie przez zamawiającego wymagania została ujawniona. Z kolei „informacje wykonawcy”, mogą stanowić informacje techniczne czy technologiczne, co do których zachodzi potrzeba ochrony i które wskazują np. na konkretne rozwiązanie, czy zastosowany sprzęt, czy informacje dotyczące sposobu realizacji funkcjonalności. Tym samym Izba uznała, że załączniki nr 5A i 5B w części w jakiej obejmują kolumnę 1, 2, 3 i 4 w odniesieniu do wymagań, gdzie w kolumnie nr 3 zamawiający zadeklarował „TAK” nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 8 ust. 3 ustawy z uwagi na brak przesłanki zachowania w poufności. W tym zakresie zamawiający naruszył art. 8 ust. 1- 3 i 96 ust. 3 poprzez zaniechanie ich odtajnienia. W pozostałym zakresie załączniki nr 5A i 5B (w zakresie kolumny 4 w odniesieniu do wymagań, gdzie w kolumnie 3 zamawiający nie zadeklarował wartości) oraz załączone do nich dokumenty Izba uznała za spełniające przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie załącznika nr 5C Izba uznała, że częściowo rację ma odwołujący. W załączniku nr 5C zamawiający podał swoje wymagania minimalne dotyczące oferowanego sprzętu, przy czym wymagania te były obligatoryjne i ich nie spełnienie skutkowało odrzuceniem oferty. W

załączniku nr 5C wykonawcy samodzielnie mieli podać producenta i model oraz oferowane parametry. Załącznik nr 5C był podzielony na tabele odpowiadające pozycjom wskazanym w załączniku nr 4A tj. szczegółowym formularzu ofertowym np. lp. 1 z tabeli załącznika nr 4A to zestaw komputerowy i odpowiada on tabeli 1 z załącznika nr 5C. Bezsporne jest, że przystępujący nie utajnił załącznika nr 4A, a w załączniku tym podał producenta i model każdego z przedmiotów zamówienia. Izba zbadła, że w załączniku nr 5C podał te same informacje w odniesieniu do każdej z tabel, za wyjątkiem drukarki laserowej mono, co do której przystępujący następnie wyjaśniał zamawiającemu, że popełnił omyłkę w szczegółowym formularzu ofertowym w zakresie podanego modelu i wiążący jest model podany w załączniku nr 5C (okoliczność wynikająca z pisma z dnia 29 listopada 2012r., które jako odtajnione zostało przekazane odwołującemu). Tym samym Izba uznała, że rację ma odwołujący, że skoro sam przystępujący nie uważa za tajemnicę przedsiębiorstwa modeli i producentów podając je do wiadomości wszystkich zainteresowanych uczestników postępowania, to nie może jednocześnie tych samych informacji tylko przedstawionych na innym dokumencie uznawać za tajne. Elementem technicznym i technologicznym, który w ocenie Izby może podlegać ochronie mogą być wyłącznie informacje zawarte w kolumnach „oferowane parametry”. Dowodem na tę okoliczność może być choćby pozycja 1 załącznika nr 4A i załącznika nr 5C tj. zestaw komputerowy, gdzie jak wynika z wyjaśnień odtajnionych przystępującego oferuje on zestaw (w zakresie monitora) o innych parametrach niż standardowo oferowane. Oznacza to, że oferowane parametry mogą zawierać informacje technologiczne pochodzące od producenta, z którym jak wskazywał przystępujący wiąże przystępującego klauzula poufności, które świadczą o szczególnych cechach danego produktu nie podanych do powszechnej wiadomości. Jednakże w ocenie Izby informacje te dawały się oddzielić od pozostałych informacji zawartych w załączniku nr 5C, z tego względu Izba uznała, że zamawiający, gdyby prawidłowo zweryfikował zastrzeżenie tajemnicy przystępującego powinien był uznać za niespełniające przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji informacje dotyczące producenta, modelu, minimalnych parametrów oraz deklaracji TAK/NIE wykonawcy. W ocenie Izby zamawiający nie udostępniając tych informacji naruszył art. 8 ust. 1 – 3 ustawy i art. 96 ust. 3 ustawy.

W odniesieniu do następujących dokumentów :

- a. Certyfikat ISO 9001 dla producenta zestawów komputerowych,
- b. Deklaracja CE dla producenta zestawów komputerowych,
- c. Certyfikat ISO 9001:2008 firmy świadczącej usługi serwisowe dla zestawów komputerowych,
- d. Certyfikat ISO 9001 oraz ISO 14001 dla serwera bazodanowego oferowanego w postępowaniu,

- e. Deklaracja CE dla serwera bazodanowego oferowanego w postępowaniu,
- f. Certyfikat ISO 9001 oraz ISO 14001 dla serwera aplikacyjnego oferowanego w postępowaniu,
- g. Deklaracja CE dla serwera aplikacyjnego oferowanego w postępowaniu,
- h. Certyfikat ISO 9001:2008 dla firmy serwisującej serwer aplikacyjny oferowany w postępowaniu,
- i. Dokument potwierdzający autoryzację producenta serwera aplikacyjnego dla firmy serwisującej,
- j. Oświadczenie producenta serwera, że w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej serwer aplikacyjny, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że fakt nieobjęcia tajemnicą producentów zestawów komputerowych, serwera bazodanowego, serwera aplikacyjnego, oraz podwykonawców powoduje, że informacje te nie zawierają informacji technicznych, technologicznych czy organizacyjnych, a odnoszą się do spełniania standardów jakościowych, czy norm, których zakres i przedmiot jest jawny i powszechnie dostępny. Jediną informacją, która mogła nie być znana ogółowi odbiorców, to ta, kto posiada certyfikat, lub wystawił deklarację CE. W sytuacji, gdy przystępujący nie utajnił producentów i serwisantów, nie można uznać powyższych dokumentów za spełniające wymóg informacji o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym czy gospodarczym, co do których podjęto działania zmierzające do zachowania ich w poufności. To samo dotyczy oświadczeń producentów czy serwisanta. Treść tych oświadczeń, jak słusznie zauważył odwołujący, zamawiający podał, tym samym sama treść oświadczenia nie stanowiła tajemnicy, tajemnicę mogło stanowić jedynie pochodzenie oświadczenia, a w sytuacji ujawnienia tego pochodzenia za pomocą innego dokumentu nie zachodziła już w tym zakresie tajemność. Dodatkowo przystępujący przy wyjaśnianiu zamawiającemu podstaw zastrzeżenia tajemnicy powołał się jedynie ogólnie na obowiązujące go umowy i standardy, nie wykazał jednak, że odnoszą się one do tych dokumentów, o których mowa powyżej. Mając to na uwadze, Izba uznała, że zamawiający nieprawidłowo zweryfikował zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa u przystępującego czym naruszył art. 8 ust. 1 – 3 i art. 96 ust. 3 ustawy. Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił zatem z naruszeniem zasady jawności postępowania określonej w art. 8 ust. 1 ustawy, w tej sytuacji konieczne stało się zadośćuczynienie żądaniu odwołania i nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Comarch z postępowania,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący twierdził, że w ramach wykazanych u przystępującego dostaw z wykazów nie wynika, aby zrealizowane były :

W Końskim – dokumentacja medyczna, blok porodowy, laboratorium,

W Lublinie – dokumentacja medyczna, blok porodowy,

W Bełżycach – apteka, apteczka, laboratorium.

W Świdniku – brak referencji.

Natomiast odwołujący podnosił, że w rzeczywistości nie zrealizowano w ;

e) Końskich dokumentacji medycznej, bloku porodowego i laboratorium,

f) Lublinie dokumentacji medycznej, bloku porodowego

g) Bełżycach bloku porodowego, RKL, apteki i apteczki, zakażeń szpitalnych

h) Świdniku bloku porodowego, zakażeń szpitalnych, pracowni diagnostycznej

Na rozprawie odwołujący podtrzymał argumentację w zakresie braku w Końskich realizacji Laboratorium, a w Bełżycach – apteki, apteczki oddziałowej i laboratorium oraz podniósł, że dla Końskich nie było dostawy zasilacza awaryjny, a w Lublinie zasilacza i stacji roboczych.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że odwołujący nie wykazał zasadności swoich twierdzeń w odniesieniu do inwestycji w Świdniku. Dla tej inwestycji z wykazu wynika realizacja wszystkich wymaganych przez zamawiającego elementów. W dniu 14 listopada 2012r. przystępujący na wezwanie zamawiającego załączył wymagane referencje potwierdzające należyte wykonanie inwestycji. W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił ani, że przedstawiona inwestycja nie spełnia wymagań zamawiającego, ani że przystępujący w odniesieniu do tej inwestycji przedstawił nieprawdziwe informacje. W zakresie inwestycji w Bełżycach w ocenie Izby inwestycja ta spełnia wymagania zamawiającego. Izba dała wiarę w tym zakresie dokumentom załączonym do oferty przystępującego, przedłożonym przez przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 26 listopada 2012r. oraz pismu zamawiającego z dnia 27 grudnia 2012r. w także wyciągowi str. 63 i 64 z siwz przedłożonemu na rozprawie przez przystępującego. Z dokumentów załączonych do oferty – wykazu dostaw i referencji wynika spełnianie wymagań zamawiającego – dokumenty te zatem potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby przedłożony przez odwołującego dowód w postaci wyciągu ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla inwestycji w Bełżycach oraz załącznika nr 1 A do tego siwz nie stanowi jednoznacznego dowodu potwierdzającego, że w ramach tej inwestycji nie zrealizowano apteki, apteczki oddziałowej oraz laboratorium. Podstawą do wykluczenia z postępowania wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie mogą być domniemania. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje, czy odwołujący, który na tej podstawie dąży do

wyeliminowania konkurenta z postępowania musi wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, że podane przez wykonawcę informacje są obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością. W przedmiotowej sprawie przedstawiony przez odwołującego dowód nie jest dokumentem kompletnym, nie pozwala na ustalenie pełnej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności pełnego opisu przedmiotu zamówienia. Nie stanowi dowodu na to, że Comarch nie zrealizował w Bełżycach modułów apteka, apteczka oddziałowa i laboratorium (lub nie wykonał w tym zakresie integracji), stanowi jedynie dowód na to, że w złożonym przez odwołującego fragmencie nie ma informacji o objęciu przedmiotem zamówienia tych elementów. Co więcej z odwołania wynika, że odwołujący sporządzając tabelę na stronach 7-8 odwołania uważał, że w Bełżycach zrealizowano moduł Laboratorium, nie zrealizowano natomiast bloku porodowego, RKL, apteki i apteczki, zakażeń szpitalnych. Natomiast z dokumentów przedłożonych przez przystępującego tj. z referencji z dnia 29 września 2011r. wynika, że takie moduły były realizowane, realizacja modułów wynika także z pisma podmiotu udostępniającego zasoby załączonego do wyjaśnień z dnia 19 listopada 2012r. oraz z informacji Szpitala w Bełżycach kierowanej do odwołującego z dnia 27 grudnia 2012r. (w zakresie bloku porodowego, RKL, apteki i apteczki, zakażeń szpitalnych). W ocenie Izby przedłożone przez odwołującego dowody nie pozwalają na uznanie, że w Bełżycach nie zrealizowano wszystkich wymaganych modułów, dowody przedstawione przez stronę przeciwną natomiast dowodzą tezy, że oświadczenie zawarte w wykazie dostaw w poz. 3 było prawdziwe. Izba uznała, że przedstawiona dostawa spełnia wymagania zamawiającego i wykonawca w tym zakresie nie powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4.

W zakresie inwestycji w Końskich w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że dwie wymagane przez zamawiającego dostawy zostały wykazane w ramach poz. 3 i 4 wykazu dostaw. Z wykazu dostaw w odniesieniu do poz. 1 nie wynikało, że dostawa ta spełnia wymagania zamawiającego, a w szczególności nie wynikało, że w ramach tej inwestycji wykonywana była integracja z Laboratorium, czy dostarczany moduł laboratorium, nie potwierdza takiej informacji także protokół odbioru. Tym samym nie można uznać, że przystępujący złożył informacje nieprawdziwe. Nie można bowiem uznać za informację nieprawdziwą wyłącznie faktu, że inwestycja nie spełniająca wymagań została zamieszczona w wykazie mającym dowodzić spełniania wymagań. W ocenie Izby fakt umieszczenia takiej inwestycji nie kreuje powstania oświadczenia wiedzy wykonawcy o tym, że w danej inwestycji określone działania zrealizowano. Co więcej takie rozumowanie przeczyłoby racjonalności ustawodawcy, który wyróżnił dwie przesłanki wykluczenia z postępowania tj. złożenie nieprawdziwych informacji i niewykazanie spełniania warunku udziału. Przy przyjęciu argumentacji odwołującego, każde niewykazanie spełniania warunku byłoby równoznaczne ze złożeniem informacji nieprawdziwej. Nadto zbędny byłby wówczas art. 26



ust. 3 ustawy w części w jakiej odnosi się do możliwości uzupełniania oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym w ocenie Izby skoro przystępujący nie złożył nieprawdziwych informacji w zakresie tej inwestycji oraz wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia za pomocą poz. 3 i 4, to zamawiający prawidłowo nie zastosował wobec przystępującego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy. Izba pominęła na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy zarzut odwołującego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego pomimo tego, że nie dostarczył on w inwestycji w Końskich zasilacza awaryjnego. Zarzut ten nie był podniesiony w odwołaniu, a przytoczenie podstawy prawnej zarzutu bez jego podstawy faktycznej nie daje stronie prawa do zgłaszania nowych zarzutów w oparciu o tę podstawę na dalszym toku postępowania. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że ani z wykazu, ani z protokołu odbioru nie wynika oświadczenie, że dla końskich taki zasilacz był dostarczany.

W odniesieniu do inwestycji wskazanej w poz. 2 – Lublin, Izba stanęła na analogicznym stanowisku jak w przypadku inwestycji w Końskich. Z wykazu i referencji dla Lublina nie wynika złożenie informacji nieprawdziwej, a warunki udziału w postępowaniu zostały wykazane poz. 3 i 4 wykazu. W tej sytuacji brak było podstaw do uznania, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia przystępującego. Izba pominęła na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy zarzut odwołującego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego pomimo tego, że nie dostarczył on w inwestycji w Lublinie zasilacza awaryjnego i stacji roboczych. Zarzut ten nie był podniesiony w odwołaniu, a przytoczenie podstawy prawnej zarzutu bez jego podstawy faktycznej nie daje stronie prawa do zgłaszania nowych zarzutów w oparciu o tę podstawę na dalszym toku postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1), 2), 3), 4) i 6) ustawy (w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy oraz art. 3 ustawy o cenach i art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim i art. 2 ust. 2 ustawy o denominacji złotego) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, a w konsekwencji art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że zaferował on zestaw: Lenovo ThinkCenter M82e + monitor Philips 221B3LPCB i drukarki laserowej mono Brother HL 5240 nie spełniających wymagań minimalnych określonych w załączniku nr 5C do siwz – zarzut został cofnięty przez odwołującego na rozprawie i nie podlegał rozpoznaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1), 2), 3), 4) i 6) ustawy (w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy oraz art. 3 ustawy o cenach i art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim i art. 2 ust. 2 ustawy o denominacji złotego) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch pomimo tego, że oferta za serwis pogwarancyjny wyniosła 1gr za 36 miesięcy, a w konsekwencji art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 opierają się o to, że postanowienie z załącznika nr 9 do wzoru umowy „sposób płatności : 36 równych rat płatnych w terminie min 30 dni po zakończeniu każdego miesiąca – na podstawie faktury VAT”, było istotnym postanowieniem umownym – umowy o serwis pogwarancyjny oraz stanowiło element opisu sposobu obliczenia ceny. W ocenie Izby to założenie odwołującego jest niesłuszne. Przede wszystkim nie sposób – wbrew nazwie załącznika nr 9 do wzoru umowy – „Umowa na 36 miesięczny serwis oprogramowania po upływie gwarancji” uznać, że dokument ten stanowi wzór, projekt, czy choćby istotne postanowienia umowne. Przede wszystkim zaś dokument ten nie określa postanowień przyszłej umowy tj. przedmiot umowy (dokument zawiera odesłanie do siwz), cena (wszelkie opłaty jakie zobowiązany będzie ponosić zamawiający), okres na jaki zostanie zawarta umowa serwisowa (odesłanie do siwz), zakres zawartej umowy – wskazanie wyłącznie ogólne na uprawnienia zamawiającego i obowiązki wykonawcy. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, że wymogi zawarte w załączniku nr 9 są istotnymi postanowieniami przyszłej umowy, które wiążą wykonawcę na etapie składania oferty. Nadto sposób płatności nie może być utożsamiany ze sposobem obliczenia ceny. Sposób płatności występuje na etapie wykonywania umowy, a nie składania oferty. Odwołujący twierdził, że wszystkie postanowienia siwz muszą być realizowane na etapie składania oferty, w ocenie Izby takie twierdzenie jest nieuprawnione, trudno bowiem oczekiwać, że strony w dniu składania ofert będą miały przygotowaną np. dokumentację wdrożenia, która ma powstać w toku wykonywania zamówienia. To samo dotyczy sposobu płatności, jest to element wzajemnych rozliczeń stron na etapie realizacji umowy, a nie na etapie składania ofert i jest to uprawnienie zastrzeżone dla zamawiającego, z którego może ale nie musi w toku realizacji zamówienia skorzystać. Co więcej jak wykazano powyżej postanowienia umowy o serwis pogwarancyjny dopiero powstaną. Nadto we wzorze umowy na wdrożenie zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy jeżeli nastąpi konieczność modyfikacji poszczególnych zapisów umowy w celu zachowania spójności z treścią materiałów przedłożonych przez wykonawców w ofertach a zamawiający uznał za celowe ich włączenie do umowy. Co do sposobu obliczenia ceny to zamawiający w rozdziale 15 określił cenę obliczoną w następujący sposób:

wartość netto + podatek VAT = wartość brutto, opartą na danych zawartych w SIWZ.

Cena musiała uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, określonego w SIWZ. Koszty związane z uzyskaniem niezbędnych materiałów wyjściowych do realizacji zamówienia miał ponosić wykonawca. Wartość (brutto) określona przez wykonawcę jest obowiązująca w okresie ważności umowy i nie będzie podlegała zmianie. Tym samym wykonawca miał przedstawić w ofercie cenę brutto za całe świadczenie serwisu pogwarancyjnego i taka cena miała być poddana ocenie ofert. W ocenie Izby cena 1 gr. za 36 miesięczny okres serwisu pogwarancyjnego ten wymóg siwz spełnia. Tym samym Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy zaniechaniem odrzucenia oferty przystępującego. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że oferta przystępującego jest niezgodna z ustawą, na poparcie tego zarzutu odwołujący powołał ustawę o cenach, ustawę o NBP i o denominacji złotego, jednakże w ocenie Izby podstawą odrzucenia oferty na podstawie powołanego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy jest niezgodność z ustawą Prawo zamówień publicznych, a nie z innymi przepisami prawa. Podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o przepisy innych aktów prawnych jest art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, jednak w tym przypadku nie wystarczy wykazanie niezgodności z tym przepisem, ale nieważności oferty naruszającej dany przepis. Odwołujący takiej nieważności nie wykazał. Zamawiający nie naruszył tym samym art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, że oferta ta w zakresie serwisu pogwarancyjnego jest ofertą z rażąco niską ceną, w ocenie Izby nie został udowodniony. Odwołujący w odwołaniu twierdził, że cena 1 gr. za 36 okres świadczenia serwisu pogwarancyjnego jest ceną nierealną, nierzeczywistą, nie służącą pokryciu nawet 1 dnia roboczego pracy serwisanta. Jednak odwołujący żadnego z tych twierdzeń nie udowodnił. Nie przedstawił ani ofert świadczenia serwisu pogwarancyjnego funkcjonujących na rynku IT w ramach oprogramowania dla ZOZów, nie przedstawił także jakichkolwiek dowodów wskazujących na koszt (choćby pracy wskazanego w odwołaniu serwisanta) przewyższający zaoferowaną przez przystępującego kwotę. Podejrzenie co do ceny rażąco niskiej jest podstawą do zastosowania trybu wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy, nie jest jednak wystarczające dla stwierdzenia zaistnienia podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zgodnie z tym przepisem odrzuceniu podlega oferta zawierająca cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem powodując się na naruszenie przez zamawiającego tego przepisu trzeba wykazać, że cena zaoferowana w ofercie jest ceną rażąco niską. Odwołujący temu nie sprostał.

Analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten także w ocenie Izby nie

został przez odwołującego udowodniony. Odwołujący podniósł, że oferta narusza system płatniczy w RP. W ocenie Izby to twierdzenie jest nieprawidłowe, oferta tego systemu nie narusza, gdyż zaoferowana cena mieści się w dopuszczonych nominałach pieniężnych, natomiast wyłącznie sposób płatności przyjęty przez zamawiającego może na etapie realizacji zamówienia powodować trudności z rozliczeniem zaoferowanej ceny. Jednak jak już stwierdzono wyżej nie ma to wpływu na poprawność złożonej oferty, co do wymaganego sposobu przedstawienia ceny. Co do zarzutu niezgodności z art. 487 § 2 kc to stanowi on definicję umowy wzajemnej, ale nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego, a odwołujący nie powołał ani nie wykazał, że przystępujący naruszył zasady swobody kontraktowania. Tym samym odwołujący nie wykazał sprzeczności z prawem. Co do sprzeczności z dobrymi obyczajami to odwołujący odwołał się do swoich przypuszczeń co do powodów zaoferowania przez przystępującego ceny 1 gr za 36 miesięczny serwis pogwarancyjny, podczas gdy przystępujący składając uzyskaną ofertę powołał się warunki na jakich jemu ta usługa będzie świadczona. Odwołujący nie obalił w żaden sposób twierdzeń przystępującego wynikających z tej oferty, co do wyjątkowo korzystnych warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy. W ocenie Izby zatem odwołujący nie wskazał, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Ewentualny zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 ustawy, gdyby zamawiający nie skierował do Comarch wniosku o wyjaśnienia ceny, lub gdyby Comarch nie udzielił wymaganych wyjaśnień.

Zarzut został cofnięty na rozprawie i nie podlegał rozpoznaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba obciążyła zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującemu kosztów postępowania tj. wpisu zgodnie z § 3 ust. 1 oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Odwołujący nie przedstawił rachunków świadczących o poniesieniu innych kosztów postępowania.

**Przewodniczący:** .....