

Sygn. akt V Ca 3061/11

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 sierpnia 2012 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Piotr Wojtysiak
Sędziowie:	SSO Joanna Wiśniewska-Sadomska (spr.) SSR del. Monika Włodarczyk
Protokolant:	sekr. sądowy Agata Jabłońska

po rozpoznaniu w dniu 31 sierpnia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy

ze skargi (...) S.A. siedzibą w K.

przeciwko Skarbowi Państwa – Ministrowi Zdrowia

z udziałem (...)

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 2 listopada 2011 r., sygn. akt (...)

1. **oddala skargę;**

2. **zasądza od (...) S.A. z siedzibą w K. na rzecz Skarbu Państwa – Ministra Zdrowia i Konsorcjum (...) S.A., (...) S.A. kwoty po 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed Sądem Okręgowym.**

Sygn. akt V Ca 3061/11

UZASADNIENIE

Zamawiający - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Zaprojektowanie, realizację i nadzór gwarancyjny systemów w ramach Projektu „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych”. Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej TED z dnia 12.02.2011 r., (...) (zmienione ogłoszeniem z dnia 17.02.2011 r. (...), ogłoszeniem z dnia 19.02.2011 r., (...), ogłoszeniem z dnia 16.03.2011 r. (...) oraz ogłoszeniem z dnia 22.03.2011 r., (...)).

(...) S.A. w K. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu w II, III i IV części zamówienia. W dniu 30 września 2011 r. skarżący otrzymał faksem od zamawiającego: „Wyniki oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ocena spełniania warunków”. Zamawiający poinformował o liście „wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, którzy uzyskali liczbę punktów kwalifikującą do zaproszenia do składania ofert, zgodnie z zasadami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu”. Skarżący nie uzyskał wystarczającej liczby punktów i nie został zakwalifikowany na tzw. „krótką listę”, przez co nie został zaproszony do składania ofert w drugim etapie postępowania.

(...) S.A. wniosł trzy odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: (...)) dotyczące II, III i IV części zamówienia. Odwołania spółki (...) zostały łącznie rozpoznane z odwołaniami innych uczestników przetargu, którzy nie zostali zakwalifikowani do drugiego etapu postępowania (1) (...) S.A. w K., (sygn. akt: (...)); (2) Konsorcjum firm: (...) S.A. w K. (Lider Konsorcjum); (...) S.A. ((...)) (sygn. akt: (...)); (3) Konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o. ((...)) (sygn. akt: (...)); (4) Konsorcjum firm: (...) S.A. (Lider), (...) (...) S.A. ((...)), N. (...) a.s. ((...)) (sygn. akt: (...)); (5) (...) Sp. z o.o. (sygn. akt: (...)).

Wyrokiem z dnia 2.11.2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wszystkie odwołania, obciążając kosztami postępowania m.in. (...) S.A. W poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczono uiszczoną przez skarżącego kwotę 45.000 zł tytułem wpisów od odwołań oraz zasądzono od spółki (...) kwotę 10 800 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 PZP w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zd. 2 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców jako niejawnych części wniosków wykonawców (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), jednocześnie uznając, że zawiera on w sobie także zarzut nieodtajnienia wyjaśnienia w zakresie udziału podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcom wiedzę i doświadczenie.

W ocenie Izby zasadniejszym jest powoływanie się na orzeczenie zapadłe w przedmiotowym stanie faktycznym, tj. na wyrok z dnia 09.09.2011 r., sygn. akt: (...) niż orzeczenie dotyczące innych postępowań, a w konsekwencji odmiennych stanów faktycznych. Izba, analizując przedmiotowy stan faktyczny, uznała dopuszczalność zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa wszystkich dokumentów objętych zarzutem.

Zdaniem Izby odwołujący nie podważył zasadności dokonanych zastrzeżenia oraz niezaistnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 z.n.k. W zakresie przedmiotowego zarzutu ciężar dowodu spoczywał na (...) S.A. Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą w kwietniu 2011 r., Wykonawcy objęci zarzutem zostali wezwani do złożenia wyjaśnień i takowe złożyli, były one wyczerpujące. Wynikała z nich prawidłowość i poprawność zastrzeżenia informacji.

Izba uznała za dopuszczalne zastrzeżenie wykazu usług jako całości, zważywszy, że przedmiotowe wykazy mają walor szczególnego zestawienia, które w określonych warunkach mają wartość gospodarczą. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 22.02.2007 r. (sygn. akt V CSK 444/2006) fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przynajmniej poufności. Ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru (tzn. pojedyncze informacje) są podane do wiadomości publicznej.

Izba uznała także zasadność zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie udziału podmiotu trzeciego, jako konsekwencje wcześniej dokonanych w złożonym wniosku zastrzeżeń. Z tego powodu, fakt ujawnienia takich wyjaśnień w ramach cz. I (pochodzących od innych wykonawców niż w cz. II, III i IV), w żaden sposób nie wpływa na ocenę Izby w tym

zakresie. Wszelkie ich porównywanie jest bezprzedmiotowe. Podobnie, w zakresie dokumentów potwierdzających zdolność finansową.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum (...) w cz. II i III, a Konsorcjum (...) w cz. IV do uzupełnienia wniosku o zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania członka zarządu firmy (...) sp. z o.o., której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 8 PZP, Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny, przeprowadzając dowód z dokumentu urzędowego przedłożonego przez przystępującego Konsorcjum (...) w cz. II i III, a konsorcjum (...) w cz. IV, uznając jego przesadzający charakter. (...) S.A. nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, iż w miejscu zamieszkania A. H. tj. w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej wydawane jest zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tej osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 8 PZP. Dodatkowo odwołujący nie wykazał, że w przypadku Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej pojęcie miejsca zamieszkania powinno być utożsamiane z pojęciem stanu, czy też hrabstwa, a nie z pojęciem kraju, ani z czego odwołujący wywodzi takie swoje przekonanie. Izba dała w tym zakresie wiarę dokumentowi urzędowemu przedłożonemu przez przystępującego Konsorcjum (...), a konsorcjum (...) w cz. IV, z którego wynika, że w Stanie K. P. nie istnieje organ sądowy lub administracyjny, z którego można pozyskać informację na temat karalności osoby w zakresie przestępstw wynikający z art. 24 ust. 1 pkt. 8 PZP.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 51 ust. 1-3 w zw. z art. 26 ust. 2 b PZP poprzez przyznanie przez zamawiającego niektórym wykonawcom zbyt dużej ilości punktów oraz niewłaściwego miejsca w rankingu; naruszenia art. 26 ust. 3 PZP poprzez wezwanie niektórych wykonawców do uzupełnienia dokumentów wymaganych ogłoszeniem dla podmiotów udostępniających zasoby, które będą brały udział w realizacji zamówienia; naruszenia art. 26 ust. 4 PZP poprzez dopuszczenie do zmiany treści złożonych wniosków w wyniku wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców; naruszenia przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zw. z art. 25 ust. 1 PZP poprzez przyjęcie, iż wykonawcy: konsorcjum nie są zobowiązani złożyć dokumentów wymaganych przez ogłoszenie dla podmiotów udostępniających zasoby, które będą brały udział w realizacji zamówienia; naruszenia art. 51 ust. 1-3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP poprzez uznanie, że wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że przedstawione przez tych wykonawców dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków podmiotowych; naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia tych wykonawców ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu; naruszenia art. 51 ust. 1-3 PZP poprzez zakwalifikowanie do dalszego udziału w postępowaniu ww. wykonawców Izba uznała niniejsze zarzutu za bezzasadne.

Izba podtrzymała stanowisko wynikające z wyroku KIO z dnia 9.09.2011 r. odnośnie dopuszczalności stosowania trybu wynikającego z art. 26 ust. 2 b PZP do wykazu II. Zdaniem Izby zamawiający nie naruszył wyłączenia stosowania art. 26 ust. 3 PZP, albowiem wezwania z września 2011 r. odnosiły się do zakresu planowanego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, zaś art. 26 ust. 3 PZP znalazł się w wezwaniach z czerwca/lipca 2011 r. dotyczących wykazu I oraz wykazu osób cz. II, III i IV. W konsekwencji zarzut odnoszący się do niniejszej kwestii jest bezprzedmiotowy. Ponadto nie nastąpiła zmiana treści wniosku poprzez wyjaśnienia uzyskane przez zamawiającego odnośnie zakresu udziału podmiotu trzeciego. zobowiązanie o udostępnieniu jest skierowane docelowo do wykonawcy, a nie do zamawiającego, zaś sam sposób planowanej realizacji zamówienia zależy niewątpliwie od wykonawcy. Izba podtrzymała stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 9.09.2011 r., że udział podmiotów trzecich może nie wiązać się z ich uczestnictwem bezpośrednim w realizacji części zamówienia. W takiej sytuacji zamawiający nie ma prawa żądania przedłożenia dokumentów podmiotowych względem podmiotów udostępniających zasób. Izba nie podzieliła też zarzutów, że podmioty wskazane w odwołaniu działały w porozumieniu. Zdaniem Izby ani art. 7 ust. 1 PZP, ani przepisy dotyczące oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie zawierają odwołań do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7.02.2011 r., sygn. akt: V Ca 3036/2010). W uzasadnieniu wyroku KIO podkreśliła, że w jej ocenie odwołujący nie wykazał, że wykonawcy wskazani w odwołaniach przygotowując swoje

wnioski działali wspólnie w celu eliminacji z postępowania pozostałych oraz manipulowania kwalifikacją wniosków, a poza powołaniem się na oświadczenia złożone w trybie art. 26 ust. 2 b PZP, nie przywołał żadnych dowodów. Izba podkreśliła ponadto, że finalnie w każdej z części zamówienie uzyska je jeden podmiot, zaś (...) nie wykazał, że została przekroczona granica pozwalająca uznać zaistnienie takich, a nie innych penalizowanych działań. Zdaniem KIO art. 26 ust. 2 b PZP jest powszechnie obowiązującym przepisem, a zatem nie można uznać, że wskazani w ramach odwołań wykonawcy winni zostać wykluczeni na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. KIO podniosła ponadto, że jeżeli uznać argumenty (...), to w praktyce każde jego zastosowanie może zostać uznane za naruszające uczciwą konkurencję. Art. 7 ust. 1 PZP nie może sam w sobie stanowić podstawy zaistniałego naruszenia, dotyczy poza tym działań zamawiającego, a nie wykonawców. Dodatkowo Izba przywołała uzasadnienie zawarte w sprawie o sygn. akt: KIO 2141/11, uznając je za adekwatne w niniejszej sprawie.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie zamawiającego wezwania niektórych wykonawców do uzupełnienia wniosków w zakresie dokumentów dotyczących zdolności finansowej i ekonomicznej. Izba stwierdza, że brak jest przepisu PZP, który zabraniałby udostępnienia potencjału finansowego w sposób, jaki został zarzucany przez (...) w ramach odwołań.

Odnosnie zarzutu naruszenie przez zamawiającego art. 51 ust. 1-3 PZP poprzez przyznanie przez zamawiającego (...) zbyt małej ilości punktów oraz niewłaściwego miejsca w rankingu wykonawców; naruszenia art. 51 ust. 1-3 PZP poprzez zaniechanie zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu; naruszenia art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia wniosku w zakresie dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, Izba uznała niniejsze zarzuty za częściowo zasadne (tylko w jednym wypadku).

Wobec cofnięcia na rozprawie zarzutu dotyczącego braku dołączenia tłumaczenia na język polski zobowiązania podmiotu trzeciego Izba pozostawiła niniejszy zarzut bez rozpoznania.

Zdaniem KIO wskazane w części II poz. 14 wykazu II (s. 144) oraz w części IV poz. 14, 20, 21 wykazu II (s. 148) usługi nie dotyczą firmy (...), ani (...). W konsekwencji, co podkreśliła Izba, zobowiązanie (...) jest bezprzedmiotowe, zaś pełnomocnictwo (...) na rzecz (...) (s. 35) zostało podpisane przez osobę, której umocowanie jest wątpliwe, (przedłożono dla niej jedynie zakres obowiązków Sekretarki - s. 11 - 13). Kwestia umocowania do działania (...) w imieniu innych spółek z grupy (...) nie zostało w żaden inny sposób wykazane. Zobowiązanie tych spółek nie zostało przedłożone, zatem w konsekwencji zamawiający zasadnie w ocenie KIO nie naliczył punktów w przedmiotowych pozycjach.

Analizując zarzuty odnośnie poz. 7 w części IV wykazu (...) podniosła, że z referencji w odróżnieniu od opisu pozycji wynika, że usługa wykazywana odnosi się do wykrywania nadużyć finansowych (...). Odnosnie poz. 10 w części IV wykazu II to w ocenie KIO nie wynika ani z opisu pozycji, ani z referencji, że niniejsza pozycja dotyczy systemu hurtowni danych. Powyższe potwierdził także de facto na rozprawie odwołujący (...) S.A. KIO podkreśliła, że nawet uznanie zasadności zarzutu dotyczącego poz. 7 nie wpłynie na wynik postępowania w części IV w rozumieniu art. 192 ust. 2 PZP, spowodowałyby to doliczenie do punktacji firmy (...) w części IV tylko 4 punktów do 52 uzyskanych dotychczas. Ostatni z wykonawców na „krótkiej liście” ma punktów 77. Tym samym, mimo częściowego uwzględnienia jednego z zarzutów, wobec braku wpływu na wynik postępowania, powyższe uwzględnienie nie skutkowało zdaniem Izby uwzględnieniem odwołania.

Wobec nie uwzględnienia w/w zarzutów (w jednym wypadku naruszenie nie ma lub nie będzie miało wpływ na wynik postępowania w cz. IV) Izba nie uznała zasadności zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że odwołania w sprawie o sygn. akt: (...), sygn. akt: (...), sygn. akt: (...) podlegają oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 PZP.

Powyższe orzeczenie zostało zaskarżone w części oddalającej odwołanie wniesione przez (...) S.A. (sygn. akt: (...), (...), (...)) oraz obciążającej (...) S.A. kosztami postępowania odwoławczego w kwocie 45.000 zł i zasądzającej od (...) S.A. na rzecz zamawiającego kwotę 10.800 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Wyrokowi KIO zarzucono:

1. naruszenie przepisu art. 189 ust. 1 PZP w związku z § 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez potraktowanie i rozpoznanie odwołania wniesionego przez (...) S.A. jako trzech odrębnych odwołań,
2. naruszenie przepisu art. 185 ust. 7 PZP poprzez naruszenie postanowień k.p.c. w zakresie postępowania przed sądem polubownym (arbitrażowym), w tym naruszenie art. 1194 § 1 k.p.c. i naruszenie art. 1197 § 2 k.p.c.,
3. naruszenie przepisu art. 191 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego materiału dowodowego,
4. naruszenie przepisu art. 190 ust. 7 PZP poprzez ocenę przez KIO wiarygodności i mocy dowodów bez wszechstronnego rozważenia zebranego materiału;
5. naruszenie przepisu art. 196 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym zaniechanie ustalenia faktów, które KIO uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej,
6. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 PZP poprzez bezzasadne przyjęcie, iż zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
7. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 PZP w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 PZP w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zd. 2 PZP poprzez bezzasadne przyjęcie, iż zamawiający zgodnie z ustawą PZP zaniechał odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia skarżącemu zastrzeżonych przez pozostałych wykonawców (konsorcjum (...) S.A.; (...) sp. z o.o.; (...) S.A. (...) S.A.; (...) S.A.; (...) (...) sp. jawna) jako niejawnych części wniosków (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), tj. wszystkich wykazów zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wszystkich oświadczeń potwierdzających udostępnienie wiedzy i doświadczenia, dokumentów potwierdzających zdolność finansową ww. wykonawców i udostępnioną przez podmioty trzecie, a także wszystkich dokumentów i oświadczeń wymaganych ogłoszeniem w odniesieniu do podmiotów trzecich udostępniających jakiegokolwiek zasoby oraz wszystkich wyjaśnień i uzupełnień wniosków ww. wykonawców dotyczących wiedzy i doświadczenia, zdolności finansowej oraz odnoszących się do podmiotów trzecich udostępniających jakiegokolwiek zasoby, wszystkich składanych przez w/w wykonawców wyjaśnień, pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
8. naruszenie przepisu art. 51 ust. 1 - 3 w związku z art. 26 ust. 2 b PZP poprzez bezzasadne przyjęcie, iż Zamawiający prawidłowo przyznał następującym wykonawcom: Konsorcjum (...), (...), (...), (...), (...) oraz (...) zbyt dużej ilości punktów oraz niewłaściwego miejsca w rankingu wykonawców;
9. naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 PZP poprzez bezzasadne przyjęcie, iż nie doszło do zmiany treści złożonych wniosków w wyniku wyjaśnień złożonych przez wykonawców: Konsorcjum (...), (...), (...), (...), (...) oraz (...);
10. naruszenie przepisu § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zw. z art. 25 ust. 1 PZP poprzez bezzasadne przyjęcie, iż wykonawcy: Konsorcjum (...), (...), (...), (...),

(...)oraz (...) nie są zobowiązani złożyć dokumentów wymaganych przez ogłoszenie dla podmiotów udostępniających zasoby, które będą brały udział w realizacji zamówienia zgodnie z Sekcją II.2.3. ppkt II.4.5. ogłoszenia;

11. naruszenie przepisu art. 51 ust. 1 - 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP poprzez bezzasadne przyjęcie, że wykonawcy: Konsorcjum (...), (...),(...),(...) (...) oraz (...) wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że przedstawione przez tych wykonawców dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków podmiotowych;

12. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP poprzez bezzasadne przyjęcie, iż wykonawcy: Konsorcjum (...), (...), (...), (...), (...) oraz (...) nie podlegając wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

13. naruszenie przepisu art. 51 ust. 1 - 3 PZP poprzez bezzasadne przyjęcie, że zakwalifikowanie do dalszego udziału w postępowaniu Konsorcjum (...), (...), (...), (...) oraz (...) jest zgodne z ustawą.

Ponadto wyrokowi zarzucono w części dotyczącej rozstrzygnięcia o kosztach:

1. naruszenie przepisu § 1 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania poprzez bezpodstawne zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 120.000 zł tytułem wpisów od odwołań wniesionych przez wykonawców zamiast kwoty 90.000 zł, jak i bezpodstawne przyjęcie, że wpis od odwołania wniesionego przez (...) S.A. wynosi 45.000 zł zamiast kwoty 15.000 zł, jak i poprzez niedokonanie zwrotu kwoty 30.000 zł z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz (...);

2. naruszenie przepisu § 3 pkt. 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania poprzez bezpodstawne zasądzenie od (...) S.A. na rzecz zamawiającego kwoty 10.800 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego zamiast kwoty 3.600 zł stanowiącej zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego według norm przepisanych.

Na podstawie art. 198 f ust. 2 PZP **skarżący wniósł o:**

1. uwzględnienie skargi,

2. zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej odwołania (...) S.A. i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez:

a. uwzględnienie odwołania wniesionego przez (...)

b. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

c. nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oceny punktowej wniosków;

d. nakazanie zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonych przez następujących wykonawców: Konsorcjum (...), (...), (...), (...), jako niejawne części wniosków tych wykonawców;

e. nakazanie zamawiającemu przyznania Konsorcjum (...), (...), (...), (...) oraz (...) punktów bez uwzględnienia doświadczenia i wiedzy udostępnionej im przez podmioty trzecie, które będą brały udział w realizacji zamówienia, w stosunku do których nie spełniono warunków określonych w sekcji II pkt. II.2.3. ppkt. II.4.5. ogłoszenia,

f. nakazanie zamawiającemu prawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców: Konsorcjum (...), (...),(...), (...), (...) oraz (...); polegającej na niedopuszczeniu do zmiany treści złożonych wniosków;

g. nakazanie zamawiającemu przyjęcia, iż wykonawcy: Konsorcjum (...), (...), (...), (...), (...) oraz (...) byli zobowiązani złożyć dokumenty wymagane przez ogłoszenie dla podmiotów udostępniających zasoby, które będą brały udział w realizacji zamówienia zgodnie z Sekcją II.2.3. ppkt II.4.5. ogłoszenia,

h. nakazanie zamawiającemu uznania, że wykonawcy: Konsorcjum (...), (...), (...), (...), (...) oraz (...) nie wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

i. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców: Konsorcjum (...), (...), (...), (...), (...) oraz (...) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na skargę uczestnik Konsorcjum (...) wniósł o odrzucenie skargi (...) S.A., ewentualnie, w przypadku nieodrzućenia skargi przez sąd, o oddalenie skargi w całości.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi wniósł o oddalenie skargi w całości i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych,

Rozpoznając sprawę w granicach zaskarżenia, sąd okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest niezasadna.

W ocenie sądu okręgowego w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki do odrzucenia skargi. Zdaniem sądu odwoławczego skarżący nie musieli wnosić kilku odrębnych skarg, skoro zapadło jedno orzeczenie KIO. Zgodnie z art. 198 a ust. 1 PZP **na orzeczenie** izby przysługuje skarga do sądu. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż skarżący wniósł wcześniej trzy odrębne odwołania, skoro Izba podjęła decyzję o ich połączeniu do wspólnego rozpoznania i wydała jedno orzeczenie. Skarga została wniesiona od orzeczenia KIO i nieistotne jest, ile było odwołań inicjujących postępowanie przed Izbą.

Sąd okręgowy stoi na stanowisku, iż w niniejszej sprawie nie doszło także do naruszenia art. 198 b ust.2 PZP poprzez niedoręczenie kompletnego odpisu skargi Konsorcjum (...). W doktrynie przyjmuje się, iż przeciwnikiem skargi jest zamawiający, w niniejszej sprawie zamawiającym było Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, a zatem wymóg doręczenia mu odpisu skargi wynikający z art. 198 b ust. 2 PZP został spełniony.

Sąd okręgowy nie stwierdził także naruszenia art. 189 ust. 1 PZP i § 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez potraktowanie i rozpoznanie odwołania wniesionego przez (...) S.A. jako trzech odrębnych odwołań. W ocenie sądu postępowanie KIO było prawidłowe, zamówienie składało się bowiem z czterech oddzielnych części, do których oferty składali różni oferenci. (...) S.A. w trzech odrębnych pismach wniósł odwołania od czynności zamawiającego podjętych w trzech różnych częściach zamówienia (II, III i IV), uiszczając do każdego z pism odrębne wpisy. Każde z tych pism podlegało odrębnemu badaniu, nadano im inne sygnatury. Odrębnego charakteru każdego z wniesionych odwołań nie zmieniło zarządzenie Prezesa Izby o łącznym rozpoznaniu odwołań przez Izbę, zarówno wniesionych przez (...), jak i innych uczestników przetargu, ze względu na fakt, iż zostały one złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia i dotyczą takich samych czynności zamawiającego.

W ocenie sądu okręgowego w niniejszej sprawie nie można stwierdzić naruszenia przepisu art. 185 ust. 7 PZP poprzez naruszenie postanowień k.p.c. w zakresie postępowania przed sądem polubownym (arbitrażowym), w tym naruszenie art. 1194 § 1 k.p.c. i naruszenie art. 1197 § 2 k.p.c. Sąd okręgowy nie stwierdził żadnych naruszeń w tym zakresie. KIO, wydając orzeczenie w niniejszej sprawie, nie naruszyła zarówno przepisów prawa, jak i zasad słuszności, zaś zaskarżone orzeczenie zawiera wyczerpujące motywy rozstrzygnięcia.

Zdaniem sądu odwoławczego zaskarżony wyrok KIO stanowiący przedmiot skargi złożonej przez (...) S.A. jest prawidłowy i znajduje oparcie w obowiązujących przepisach. KIO, mając na uwadze przedstawione przez strony twierdzenia i dokumenty, dokonała prawidłowych ustaleń stanu faktycznego i dokonała trafnej oceny prawnej.

Zasada jawności postępowania wyrażona w art. 8 ust. 1 PZP jest generalną zasadą udzielania zamówień publicznych, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wyjątek od tej zasady został sformułowany w art. 8 ust. 3 PZP, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 PZP.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się niepodane do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (art. 11 ust. 4 u.z.n.k.). Tajemnica przedsiębiorstwa musi łącznie spełniać następujące warunki: poufności, braku ujawnienia oraz zabezpieczenia informacji.

W niniejszej sprawie pewne informacje zostały uznane przez wykonawców za tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający zażądał wyjaśnień i po ich analizie uznał, iż utajnienie tych informacji było zasadne i nie żądał ich ujawnienia. Wobec zarzutów skarżącego odnośnie nieodtajnienia tych danych najpierw do KIO, a następnie do sądu okręgowego należy ocena, czy decyzja zamawiającego, by nie żądać ujawnienia informacji tajnych, była słuszna.

W doktrynie podkreśla się, iż ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem zamawiającego. Do wykonawcy natomiast należy prawo wykazania, że przedstawione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. To na wykonawcy zatem w I etapie postępowania spoczywa ciężar wykazania, że zatajone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku sytuacji budzących wątpliwości zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 87 ust. 1 PZP, powinien zwrócić się do wykonawcy w celu wyjaśnienia oferty w tym zakresie. W niniejszej sprawie zamawiający skorzystał z tej możliwości, zwracając się do wykonawców pismem z dnia 21.04.2011 r. o złożenie stosownych wyjaśnień. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania informacji. Zdaniem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (III CZP 74/05, Biul. SN 2005, nr 10, poz. 7) konsekwencją nieprawidłowego zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które jej nie stanowią, będzie ich ujawnienie przez zamawiającego. W doktrynie przyjmuje się ponadto, iż zamieszczenie w ofercie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, które zostały następnie zweryfikowane przez zamawiającego jako niestanowiące takiej tajemnicy, nie może przesądzać automatycznie o kwalifikacji takiej oferty jako niezgodnej z ustawą i stanowić przyczynę odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 PZP. Jediną sankcją dla wykonawcy za nieprawidłowe zastrzeżenie zawartych w ofercie danych, co do których ustawa wskazuje na prawo wykonawcy do decyzji w zakresie zastrzegania informacji, będzie odtajnienie oferty.

W ocenie sądu okręgowego zadaniem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy. W szczególności badaniu powinien podlegać charakter zastrzeżonej informacji, zamawiający winien także ustalić, czy informacje te są nieznanymi osobom, które z uwagi na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Warunkiem uznania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa jest także zbadanie, czy przedsiębiorca chce, aby dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące zakresu stosowania art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wskazuje bowiem, iż nie mogą być uznane za tajemnice informacji, które można uzyskać w dozwolony prawem sposób (np. z publicznie dostępnych rejestrów informacji itp.).

Sąd okręgowy podziela w tej części ustalenia KIO, że zamawiający w sposób należyty wywiązał się z nałożonych na niego obowiązków. W wezwaniu z dnia 21.04.2012 r. znalazło się szereg szczegółowych pytań i wymagań sformułowanych przez zamawiającego. Z akt sprawy wynika, iż zamawiający w sposób wnikliwy i szczegółowy poddał

analizie każde pismo z wyjaśnieniami złożone przez wykonawców, dokonując oceny zawartych w nim informacji. Zdaniem sądu odwoławczego w niniejszej sprawie nie ma podstaw do przyjęcia, iż zamawiający nie zapoznał się z treścią wyjaśnień złożonych przez wykonawców. Wniosek taki jest sprzeczny zarówno z zasadami doświadczenia życiowego, jak i z przebiegiem rozprawy przed KIO ujawnionym w załączonych protokołach. Zgromadzona w aktach dokumentacja wskazuje, iż zamawiający, zważywszy na dużą wartość zamówienia i finansowanie ze środków unijnych, przeprowadził szczegółowe postępowanie wyjaśniające, wnikliwie analizując złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w sprawie.

Zdaniem sądu okręgowego zgromadzone w sprawie dokumenty nie potwierdzają zarzutu, iż zamawiający odmówił skarżącemu dostępu do informacji, które zostały przez wykonawców odtajnione. Z protokołu zestawienia dokumentów udostępnionych skarżącemu wynika, iż w dniu 5.10.2011 r. i 6.10.2011 r. zamawiający udostępnił skarżącemu wszystkie dokumenty, o które skarżący wnioskował w dniu wglądu w dokumentację postępowania. Skarżący nie zgłaszał wówczas żadnych zastrzeżeń co do sposobu udostępniania wnioskowanej dokumentacji. Skarżący miał także możliwość zapoznania się z treścią wyjaśnień złożonych przez wykonawców zakwalifikowanych na tzw. krótką listę, które były jawne.

Sąd odwoławczy nie podziela także zarzutów skarżącego, że KIO w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia powołała się wyrok z dnia 9.09.2011 r. sygn. akt (...), podkreślając, iż orzeczenie to zapadło w tożsamym stanie faktycznym, dotyczyło bowiem odwołań od I części zamówienia (to samo ogłoszenie o zamówieniu, tego samego rodzaju dokumenty/informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, ci sami wykonawcy należący do tych samych grup kapitałowych). W ocenie sądu odwoławczego ocena przez zamawiającego zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być dokonywana in casu, przy uwzględnieniu faktu, iż każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się pewną odrębnością, przeprowadzane jest na potrzeby konkretnego zamawiającego, który odmiennie określa warunki udziału w postępowaniu i innych dokumentów oczekuje. Powoływanie się przez skarżącą na inne orzeczenia KIO, wydane w innych postępowaniach i przy innych stanach faktycznych jest zdaniem sądu okręgowego nieprzydatne, bowiem określona informacja w pewnym stanie faktycznym może być kwalifikowana jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w innym nie. Nawiązanie do orzeczenia dotyczącego odwołań od I części zamówienia było zdaniem sądu okręgowego prawidłowe, a kontynuacja wyrażonych w tamtej sprawie przez KIO poglądów prawnych dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa i wydanie zbliżonego orzeczenia zapewniło spójność rozstrzygnięcia w jednej sprawie.

Zdaniem sądu odwoławczego skoro zamawiający po analizie wyjaśnień złożonych przez firmy biorące udział w przetargu uznał, iż trafnie zastrzeżono pewne informacje, to na etapie postępowania przed KIO, a potem w następstwie rozpoznania skargi, ciężar dowodu przerzucony zostaje na skarżącego (odwołującego). To on powinien wykazać, opierając się na treści wezwania zamawiającego i jawnych wyjaśnieniach wykonawców, że zastrzeżenie tajemnicy i decyzja o nieodtajnieniu tych informacji była w konkretnym stanie faktycznym nieprawidłowa. W postępowaniu odwoławczym zastosowanie znajduje art. 190 ust. 1 PZP, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Skoro skarżący twierdzi, że informacje zastrzeżone przez wykonawców nie powinny być objęte „tajemnicą przedsiębiorstwa”, winien on przedstawić dowody dla stwierdzenia tych faktów. Zamawiający swoją decyzję o nieodtajnieniu, będącą jego wyłącznym uprawnieniem, podjął na podstawie jawnych wyjaśnień złożonych przez wykonawców w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oceniając zasadność ich zastrzeżeń. Na etapie postępowania przed KIO, a potem przed sądem, to skarżący, jako strona atakująca winien podważyć słuszność decyzji zamawiającego, to na nim bowiem spoczywa ciężar dowodu.

Sąd okręgowy podziela ustalenia KIO, że w niniejszym postępowaniu złożone przez wykonawców wyjaśnienia były wystarczające dla uznania przez zamawiającego prawidłowości zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa niektórych dokumentów czy informacji, Skarżący zarówno w skardze, jak i podczas rozprawy w KIO, nie zdołał podważyć zasadności dokonanego zastrzeżenia w stosunku do określonych dokumentów oraz niezajstnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

W przedmiotowej skardze skarżący domagał się nakazania zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia) części wniosków niektórych wykonawców zastrzeżonych przez nich jako niejawne, ze względu na fakt, iż zawarte w nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dotyczyło to wszystkich wykazów wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wszystkich oświadczeń potwierdzających udostępnianie wiedzy i doświadczenia, dokumentów potwierdzających zdolność finansową ww. wykonawców i udostępnioną przez podmioty trzecie, a także wszystkich dokumentów i oświadczeń wymaganych ogłoszeniem w odniesieniu do podmiotów trzecich udostępniających jakiegokolwiek zasoby, wszystkich składanych przez wykonawców wyjaśnień. Skarżący domagał się też zawiadomienia o odtajnieniu powyższych dokumentów oraz ich udostępnienia.

Zdaniem sądu okręgowego w wyroku z dnia 9.09.2011 r. KIO prawidłowo uznała, iż dokumenty te powinny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Ujawnienie danych o podmiotach, które udostępniają swój potencjał na potrzeby tego konkretnego zamówienia może pociągnąć za sobą ryzyko dywersji gospodarczej. W ocenie sądu okręgowego zarówno potencjał techniczny, jak i potencjał osobowy, stanowią wartość gospodarczą i jako takie mogą być utajnione przez przedsiębiorstwo. Dopuszczalne jest także objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa zamówień zdobytych na rynku zamówień publicznych. Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 marca 2007 r. w sprawie o sygn. akt. V Ca 421/07 uznając, iż zarówno wykaz osób mających wykonywać zamówienie wraz z ich kwalifikacjami, jak i zaproponowane przez wykonawców rozwiązania techniczne posiadające niewątpliwie wartość gospodarczą, mogą zostać utajnione. W uzasadnieniu orzeczenia zwrócono m.in. uwagę na specyfikę rynku IT, charakteryzującego się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, informacje o kwalifikacjach, jak również potencjale kadrowym wykonawców, mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi IT o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani są i cenieni wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych.

Zarówno zamawiający, jak i uczestnik postępowania konsorcjum (...) szczegółowo argumentowali zasadność utajnienia poszczególnych dokumentów. Podzielając powyższe wywody, sąd okręgowy uznał, iż w pewnych sytuacjach uzasadnione jest również utajnienie tzw. dokumentów podmiotowych podwykonawców konsorcjum, a więc tych dokumentów na podstawie których ujawnić można tożsamość podmiotu współpracującego z wykonawcą. Również z wykazu wykonanych usług można uzyskać wiele istotnych informacji dotyczących działalności danego przedsiębiorcy w zakresie jego aktywności gospodarczej w danym profilu jego działalności w określonym ujęciu czasowym, przykładowo informacji o zrealizowanych zamówieniach, o odbiorcach oferowanych przez niego usług, o wielkości przychodu osiągniętego w wyniku realizacji przedmiotowych usług. W ślad za KIO warto przywołać tu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.02.2007 r. (sygn. akt V CSK 444/2006), w którym stwierdzono, iż nawet w sytuacji, gdy informacje dotyczące poszczególnych elementów urzędzenia są jawne, nie decyduje to o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przynajmniej poufności. Ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru (tzn. pojedyncze informacje) są podane do wiadomości publicznej. Zastrzeżenie informacji znajdujących się w tych dokumentach ma, jak podnosi zamawiający i uczestnik Konsorcjum (...), na celu ochronę interesów wykonawców i podmiotów udostępniających temu wykonawcy niezbędne zasoby poprzez uniemożliwienie podmiotom konkurencyjnym poznania obszarów działania wykonawców i podmiotów udostępniających zasoby. Podobnie uznać należy, iż informacje zawarte w zobowiązaniu podmiotu trzeciego o udostępnieniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów oraz w złożonych dokumentach (odpisie z właściwego rejestru, zaświadczeniu właściwego naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczeniu z właściwego oddziału ZUS lub KRUS, informacji z KRK) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż wskazują, z jakimi podmiotami wykonawca utrzymuje kontakty handlowe oraz z czyjej wiedzy i doświadczenia korzysta, składając ofertę w postępowaniu.

Na marginesie zaznaczyć można, jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, iż skarżąca, składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, utajniła z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa takie same informacje, których odtajnienia w skardze żąda.

Sąd okręgowy podziela także ustalenia KIO, iż „nie nastąpiła niedozwolona zmiana treści wniosku poprzez wyjaśnienia uzyskane przez zamawiającego od wykonawców odnośnie zakresu udziału podmiotu trzeciego”. Art. 26 ust. 2 b PZP przewiduje możliwość, że wykonawca będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, przy czym przyjmuje się, iż adresatem zobowiązania podmiotu trzeciego jest wykonawca. Zamawiający słusznie zatem żądał od wykonawców wyjaśnień dotyczących sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę z udziałem podmiotu trzeciego, bowiem to wykonawca ubiegający się o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego ocenia, w jakim zakresie samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu i tym samym, w jakim zakresie korzysta z udostępnionego zasobu. Sąd odwoławczy podziela ponadto pogląd przedstawiony przez KIO w zaskarżonym wyroku, że udział podmiotów trzecich może nie wiązać się z ich bezpośrednim uczestnictwem w realizacji części zamówienia, a na gruncie usług informatycznych przejawiać może się również jako udzielanie konsultacji i doradztwa. Zdaniem sądu okręgowego poprzez wyjaśnienia wykonawcy nie doszło zatem do zmiany treści wniosków.

W oświadczeniach podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby na rzecz wykonawców znalazł się zapis, iż „wezmą udział w realizacji poprzez konsultacje i doradztwo”. Treść tych oświadczeń wskazuje, iż podmioty te będą tylko konsultować i doradzać, a nie będą działać w żaden inny sposób. W szczególności nie będą fizycznie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Sąd okręgowy podziela także argumenty podniesione przez zamawiającego i uczestnika Konsorcjum (...) w odpowiedziach na skargę, odwołujące się do wieloletniej praktyki podmiotów tworzących konsorcjum oraz do zasad doświadczenia życiowego, zgodnie z którymi koordynacja fizycznej realizacji części zamówienia przez podmioty zagraniczne byłaby znacznie utrudniona, uciążliwa lub wręcz niemożliwa do zrealizowania. Podzielić także należy pogląd, iż literalna wykładnia sformułowania „wezmą udział w realizacji poprzez konsultacje i doradztwo” w sposób jednoznaczny wskazuje na charakter uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, konsultacja i doradztwo oznacza jedynie przekazywanie wiedzy (know – how), nie jest tym samym tożsama z aktywną realizacją części zamówienia w rozumieniu § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, która zdaniem sądu winna polegać na faktycznej, bezpośredniej realizacji zamówionego projektu poprzez jego projektowanie, wykonywanie, etc. Korzystanie z zasobów wiedzy i doświadczenia niezawsze wiąże się z uczestnictwem w realizacji zamówienia. Należy tu odwołać się do akcentowanej w odpowiedziach na skargę specyfiki usług (...), przy których istnieje możliwość transferu know -how bez konieczności brania udziału w realizacji zamówienia (przykładowo: udostępnienie dokumentacji innego systemu informatycznego, zasygnalizowanie problemów, etc.). Należy podkreślić, iż wymogi przedstawione w sekcji II. 2. 3 ppkt. II. 4. 5 ogłoszenia były zgodne z § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b PZP, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2. A contrario w przypadku, gdy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby wykonawcy, ale nie bierze udziału w realizacji przedmiotu zamówienia, zwolniony jest z obowiązku składania tych wszystkich dokumentów. Wymogi przedstawione w sekcji II. 2. 3 ppkt. II. 4. 5 ogłoszenia nie musiały być zatem w niniejszej sytuacji spełnione, skoro na wezwanie zamawiającego wykonawcy wyjaśnili, że podmioty udostępniające im swoje potencjały nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia.

Zarzuty dotyczące kosztów postępowania przed KIO.

Sąd okręgowy nie podziela zarzutów skarżącego dotyczących nieprawidłowego zaliczenia w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 120.000 zł (w tym 45.000 zł uiszczonej przez (...)) tytułem wpisów od odwołań oraz zasądzenia od (...) na rzecz Skarbu Państwa – Ministra Zdrowia kwoty 10.800 zł stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Koszty postępowania przed KIO reguluje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. Z § 1 ust. 1 tego rozporządzenia wynika wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi. W niniejszej sprawie (...) wniósł 3 odwołania, a każde z nich dotyczyło innej części zamówienia (inni skarżyli tylko jedną część, ewentualnie w jednym odwołaniu wnosili zbiorcze zarzuty) i od każdego z nich uiścił wpis w kwocie 15.000 zł. Każde z tych odwołań zostało zarejestrowane pod odrębną sygnaturą i było rozpoznawane oddzielnie (choć w jednym zbiorczym postępowaniu, w którym KIO zdecydowała się zbadać wszystkie wniesione przez uczestników przetargu odwołania). Zdaniem sądu okręgowego KIO prawidłowo wyliczyła zatem zbiorcze koszty, zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty wszystkich uiszczonych wpisów.

Należy nadto zwrócić uwagę na fakt, że KIO nie miała podstaw prawnych do zwrotu skarżącemu 30.000 zł. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15.03.2010 r. istnieją tylko trzy sytuacje (§ 4, § 5 ust. 1 lit. 1-3), gdy wpis podlega zwrotowi z rachunku Urzędu. Wpis zwraca się w przypadku zwrotu odwołania, umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli: a) w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, b) uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości przed otwarciem rozprawy oraz cofnięcia odwołania przez odwołującego. Żadna z tych sytuacji nie miała w niniejszej sprawie miejsca.

Zgodnie z § 3 pkt. 2 ppkt.b powołanego wyżej rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a zwłaszcza wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł. Skoro w niniejszej sprawie zostały wniesione trzy odwołania, to konsekwentnie powinny zostać naliczone potrójne koszty, w toku postępowania przed KIO rozpoznawano bowiem trzy odrębne sprawy zainicjowane trzema oddzielnymi odwołaniami, na rozprawie pełnomocnicy stron odnosili się do każdego z tych odwołań, a w uzasadnieniu wyroku KIO oddzielnie analizowała zarzuty podniesione w każdym z odwołań.

Na marginesie zwrócić należy uwagę na fakt, iż (...), wnosząc trzy odwołania, domagał się jednocześnie odrzucenia odwołań przeciwników, którzy wnieśli jedno zbiorcze odwołanie od wszystkich części zamówienia, argumentując, iż powinny być złożone odrębne odwołania.

Z tych wszystkich względów sąd okręgowy na podstawie art. 198 f ust. 2 PZP oddalił wniesioną w tej sprawie skargę jako bezzasadną.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 i art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 1 k.p.c. oraz 198 a ust. 2 PZP. Zważywszy, że skarga została w całości oddalona, strona pozwana zobowiązana została do zwrotu powodowi poniesionych kosztów zastępstwa procesowego przed sądem okręgowym. Zgodnie bowiem z art. 98 § 1 k.p.c. strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, czyli koszty procesu. Wysokość kosztów zastępstwa procesowego ustalona została na podstawie § 6 pkt.3 oraz § 12 ust. 1 pkt.1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku (Dz.U nr 163, poz.1349 ze zm.) w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.