

**WYROK**

**z dnia 27 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2015 r. przez Odwołującego – PHARMINDEX Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie,

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – PHARMINDEX Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – PHARMINDEX Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego – PHARMINDEX Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostarczenie, wykonanie, instalację i wdrożenie Systemu Rejestru Leków wraz z dostawą licencji dla oprogramowania standardowego na rzecz Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia” (znak sprawy WZP.6151.35.2015), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2015 r. pod numerem 2015/S 124-227711. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

W dniu 10 lipca 2015 r. wykonawca PHARMINDEX Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł o odwołanie zaskarżając niżej wskazane działania/zaniechania Zamawiającego:

1. sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
2. zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,
3. wprowadzenie w kryteriach oceny ofert sposobu przyznawania punktów, który nie gwarantuje wyboru oferty najkorzystniejszej,

Odwołujący stwierdził, że naruszone zostały następujące przepisy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4, art. 29 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. modyfikację treści warunków udziału w Postępowaniu,
2. sprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia, a dla niektórych, opisanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania elementów, sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia,
3. modyfikację kryteriów oceny ofert,

4. uzupełnienie projektu umowy o obowiązkowe zapisy wynikające z art. 142 ust 5 Pzp,  
lub
5. unieważnienie Postępowania jeżeli rozstrzygnięcie niniejszego odwołania nastąpi po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący podał, że na skutek czynności Zamawiającego jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Nie może on ubiegać się o udzielenie zamówienia oraz nie jest w stanie przygotować rzetelnej oferty. W przypadku złożenia oferty przez Odwołującego Zamawiający, w oparciu o ustalone przez siebie kryteria, może jej przyznać niemal dowolną liczbę punktów, a możliwość polemiki z tą oceną będzie bardzo ograniczona. Powyższe niezbitnie dowodzi naruszenia interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i nast. Pzp.

Uzasadniając sformułowane zarzuty Odwołujący podał, że w ramach warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający postawił m.in. wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wśród osób tych ma znajdować się „Ekspert merytoryczny”, który spełniać będzie kumulatywnie niżej wymienione wymagania:

1. posiada minimum 10 letnie doświadczenie z zakresu publikacji informacji o lekach poparte pracą w roli dyrektora wydawnictwa lub redaktora naczelnego w minimum 5 pozycjach książkowych,
2. posiada minimum 5 letnie doświadczenie z zakresu zarządzania zespołem opracowującym bazy leków,
3. wydał minimum 2 publikacje książkowe z zakresu farmakoterapii (jako autor lub współautor) – dopuszcza się, aby były to te same pozycje, co wskazane w pkt 1,
4. posiada wykształcenie wyższe medyczne lub farmaceutyczne,
5. posiada tytuł co najmniej doktora nauk medycznych lub farmaceutycznych.

Wymagania te są, w ocenie Odwołującego, nie tylko nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, czym naruszono dyspozycję art. 22 ust. 4 Pzp, ale również nie są niezbędne do wykonania zamówienia, co stoi w sprzeczności z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231). Posiadanie tytułu naukowego doktora czy 10-letniego doświadczenia z zakresu publikacji informacji o lekach popartego pracą w roli dyrektora wydawnictwa lub redaktora naczelnego w minimum 5 pozycjach książkowych nie jest niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia, gdyż – biorąc pod uwagę wymagania przedmiotu zamówienia – dotyczy ono rozwiązania informatycznego, a nie związanego

z publikacją książek. Zamawiający w ramach skumulowania przy jednej osobie wymogu posiadania tytułu naukowego doktora nauk medycznych oraz farmaceutycznych wraz z posiadaniem odpowiednio 10 i 5-letniego doświadczenia w funkcjach zarządczych ograniczył ilość osób, które mogą spełnić postawione wymagania do jednej w kraju. Odwołującemu znana jest tylko jedna osoba w kraju spełniająca jednocześnie wszystkie postawione wymagania. Całkowicie niezasadnym jest żądanie, aby doktor nauk medycznych czy też doktor nauk farmaceutycznych wykazywał się jednocześnie co najmniej 10-letnim doświadczeniem z zakresu publikacji informacji o lekach. Zamawiający pomija przy tym jakiegokolwiek wymogi co do wartości merytorycznej, czy choćby objętości wydawanych w tym wydawnictwie pozycji. Postawione wymagania naruszają zasady uczciwej konkurencji i nie są niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, w związku z czym Odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji warunku udziału dotyczącego eksperta merytorycznego przez nadanie mu brzmienia:

1. posiada minimum 5 letnie doświadczenie z zakresu zarządzania zespołem opracowującym bazy leków i dostarczającym te bazy do medycznych systemów informatycznych,
2. wydał minimum 2 publikacje książkowe lub naukowe z zakresu farmakoterapii (jako autor lub współautor),
3. posiada wykształcenie wyższe medyczne lub farmaceutyczne.

Następnie Odwołujący stwierdził, że kolejnym warunkiem udziału w Postępowaniu określonym w sposób nadmierny, bez związku z przedmiotem zamówienia jest wymóg dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł. Zamawiający określił wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 3.803.400,00 zł, przy czym kwota ta zawiera zamówienia uzupełniające w wysokości 50% zamówienia podstawowego. Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie, wykonanie, instalacja i wdrożenie Systemu Rejestracji Leków wraz z dostawą licencji dla oprogramowania. Wykonawca pracować będzie na zasobach sprzętowych wskazanych przez Zamawiającego (str.3 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, zwanego dalej „OPZ”). Oznacza to, że wykonawca nie będzie dostarczać Zamawiającemu żadnego sprzętu, budować sieci komputerowych, czy wykonywać innych kosztownych prac. Znaczącą wartość przedmiotu zamówienia stanowi wiedza merytoryczna wykonawców, w tym w szczególności baza informacji o lekach. Oczywistym jest, że w Postępowaniu uczestniczyć będą podmioty, które takie bazy już posiadają, ze względu bowiem na termin wykonania zamówienia stworzenie bazy od podstaw nie jest możliwe. Z powyższych względów wymaganie od wykonawców aby posiadali środki finansowe na poziomie 2.000.000,00 zł jest bezzasadne i służy jedynie ograniczeniu konkurencji. Majątkiem firm dostarczających oprogramowanie jest

wiedza ich pracowników, która nie stanowi dla banków wystarczającego zabezpieczenia kredytów, w związku z czym nie podnosi ona zdolności kredytowej. Niezrozumiałym jest, dlaczego Zamawiający uznał, że podmiot który nie posiada środków finansowych w wymaganej wysokości nie będzie w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia. Sprzedanie licencji na istniejące oprogramowanie oraz stworzenie kilku nowych aplikacji nie jest zadaniem, na które wykonawca będzie musiał poświęcić swoje środki w kwocie większej niż 200-300 tys. zł.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu obniżenia postawionego wymogu do maksymalnie 500.000,00 zł środków własnych lub zdolności kredytowej.

Odwołujący podał również, że OPZ został sporządzony w sposób, który nie uwzględnia dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający w znacznej mierze zaniechał sporządzenia istotnych fragmentów OPZ, natomiast w innych miejscach jest on niespójny lub niejednoznaczny.

Przykładowo, na str. 12 OPZ znalazł się opis aplikacji mobilnych, które stworzyć ma wykonawca. W opisie tym, liczącym kilka ogólnikowych zdań, brak jest jakichkolwiek szczegółów, które pozwolą oszacować koszty utworzenia aplikacji, wymagań sprzętowych urządzeń, na których te aplikacje mają działać. Zamawiający zastrzegł jedynie, że „[...]Zakres danych prezentowanych w aplikacjach natywnych zostanie określony na etapie realizacji projektu.[...]”. Oznacza to, że wykonawca pozna wymagania Zamawiającego dotyczące tych aplikacji dopiero po złożeniu oferty i zawarciu umowy. Odwołujący nie może przystać na sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia. Opisanie wymagań dotyczących aplikacji na urządzenie mobilne za pomocą kilku zdań nie może zostać uznane za precyzyjny oraz jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia.

Kolejnym ważnym i kosztownym elementem przedmiotu zamówienia jest wykonanie portalu rejestru leków. Opis tego portalu zajmuje trzy zdania, które nie pozwalają na kalkulację kosztów jego wykonania. Oczywistą konsekwencją zaniechań Zamawiającego będzie całkowita nieporównywalność składanych ofert. Także w tym wypadku Zamawiający zakłada, że projekt interfejsu graficznego zostanie ustalony z nim po upływie terminu składania ofert. Nieznane są natomiast żadne wymagane funkcjonalności tego portalu poza informacją, że ma on dawać możliwość przeglądania i wyszukiwania informacji o lekach. Zamawiający nie określił również jakimi kryteriami będzie się kierował podejmując decyzję o akceptacji lub braku akceptacji projektu graficznego. Opis systemu informatycznego z którego korzystać mają dziesiątki czy setki tysięcy użytkowników nie może opierać się na ogólnikowych ustaleniach organizacyjnych dotyczących współpracy stron przy realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o następujące informacje:

1. według jakich kryteriów ma być możliwe przeglądanie i wyszukiwanie informacji o lekach w portalu?
2. jakie są wymagania Zamawiającego dotyczące interfejsu graficznego?
3. jakie dane o lekach mają być prezentowane w aplikacjach na urządzenia mobilne?
4. co Zamawiający rozumie przez możliwość pracy na urządzeniach mobilnych w trybie off-line? Bazy danych leków mają wielkość, która często uniemożliwia pobranie ich na większość urządzeń mobilnych, a co za tym idzie pracę w trybie off-line.

Co więcej, na str. 13-28 OPZ znalazło się „Zestawienie wymagań dla dostarczonego systemu”. Wymagania te są niespójne z obowiązującymi przepisami a niektóre z nich wprost niemożliwe do spełnienia.

WYM.WSP.001

Odwołujący zawniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia ww. wymagania ze względu na nieprecyzyjność sformułowań w tymże wymaganiu. Przykładem tego jest następujące sformułowanie użyte w wymaganiu:

„[...]Informacje te powinny zawierać dane przedstawione powyżej i powinny być zgodne z Charakterystyką Produktu Leczniczego.[...]”.

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych dane odnośnie skróconych opisów leków, kierowanych do osób uprawnionych do wystawiania recept lub osób prowadzących obrót produktami leczniczymi muszą być przekazywane w brzmieniu zgodnym z Charakterystyką Produktu Leczniczego, a w przypadku jej braku z dokumentacją zatwierdzoną w procesie dopuszczenia do obrotu produktu leczniczego, zawierającą opisane w Rozporządzeniu informacje.

Zgodnie z SIWZ baza danych wsparcia merytorycznego będzie zawierać wyciąg (skrócony opis z Charakterystyki Produktu Leczniczego, zwanej dalej „ChPL”). Jedynym dokumentem obowiązującym na terenie RP, a opisującym szczegółowo produkt leczniczy jest ChPL. Ze względów praktycznych (objętość tego dokumentu) w procesie komunikacji do osób uprawnionych Ministerstwo Zdrowia opisało jakie są informacje niezbędne, które muszą być kierowane do osób uprawnionych w postaci tzw. skróconej informacji o leku. Forma jak i zawartość tych informacji stała się standardem prawnym skróconej informacji o leku i Ministerstwo Zdrowia poprzez GIF odnosi się do podmiotów odpowiedzialnych analizując czy treści przekazywane osobom uprawnionym są zgodne z zapisami Rozporządzenia.

#### WYM.BLEK.003

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu podanie źródła kodu leku do wymagania, zgodnie z którym „[...]Identyfikator leku musi być tożsamy z ID Leku zawartym w Rejestrze Leków, a pochodzącym z URPLW MiPB[...]” wraz z podaniem ustawy bądź regulacji prawnej sankcjonującej w Polsce istnienie takiego identyfikatora i jego publiczną dostępność lub usunięcie ww. wymagania z SIWZ.

#### WYM.BLEK.009

Odwołujący stwierdził, że nie jest dla niego zrozumiałe, co oznacza „kod substancji leku” w wymaganiu, tu cytat: „[...]Baza leków będzie zawierać kod substancji leku[...]”. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu podanie źródła kodu substancji czynnej do powyższego wymagania z podaniem ustawy bądź regulacji prawnej sankcjonującej w Polsce istnienie takiego identyfikatora i jego publiczną dostępność lub usunięcie ww. wymagania z SIWZ

#### WYM. BLEK.013

Odwołujący podał, że nie jest dla niego jasne, co oznacza sformułowanie „kody substancji pomocniczych o znanym działaniu” w wymaganiu: „[...]Baza leków będzie zawierać kody substancji pomocniczych o znanym działaniu[...]”. Wobec tego wniósł o nakazanie Zamawiającemu podanie źródła kodów substancji pomocniczych o znanym działaniu do powyższego wymagania z podaniem ustawy bądź regulacji prawnej sankcjonującej w Polsce istnienie takiego identyfikatora i jego publiczną dostępność lub usunięcie ww. wymagania z SIWZ.

#### WYM.BLEK.015

Odwołujący podał, że nie jest dla niego jasne, co oznacza sformułowanie „kod postaci leku” w wymaganiu: „[...]Baza leków będzie zawierać kod postaci leku[...]”. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o podanie źródła kodu postaci leku do powyższego wymagania z podaniem ustawy bądź regulacji prawnej sankcjonującej w Polsce istnienie takiego identyfikatora i jego publiczną dostępność lub usunięcie ww. wymagania z SIWZ.

#### WYM.BLEK.031

Odwołujący zasygnalizował, że wymaganie, zgodnie z którym baza leków będzie zawierać pole określające bezpieczeństwo stosowania w ciąży (5-stopniowa skala) stoi w sprzeczności z wymaganiem WYM.WSP.007 wskazującym na podawanie-zaleceń odnośnie stosowania leku w ciąży na podstawie ChPL. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu podanie źródła dla 5-stopniowej skali określającej bezpieczeństwo

stosowania leku w ciąży oraz podanie ustawy bądź regulacji prawnej sankcjonującej w Polsce istnienie takiej skali i jej publiczną dostępność lub usunięcie ww. wymagania z SIWZ.

#### WYM.BLEK.032

Zdaniem Odwołującego nie określono czy pole określające bezpieczeństwo stosowania dla kierowców ma być opisowe, czy w jakiejś skali, wobec czego wniosk o uzupełnienie OPZ przez o doprecyzowanie czy owo pole ma posiadać formę opisową czy też posiadać skalę n-stopniową i jeżeli tak, to prosimy podanie źródła dla takiej skali określającej bezpieczeństwo stosowania leku dla kierowców oraz podanie ustawy bądź regulacji prawnej sankcjonującej w Polsce istnienie takiej skali i jej publiczną dostępność lub usunięcie ww. wymagania z SIWZ.

#### WYM.BLEK.037

Odwołujący wniosk o nakazanie Zamawiającemu usunięcia tego zapisu, jako że w publikowanych dokumentach rejestracyjnych jakim jest ChPL nie ma podanej informacji o dacie rejestracji leku, natomiast znajduje się informacja o dacie wydania pierwszego pozwolenia na wprowadzenie produktu do obrotu.

#### WYM.BLEK.039

Odwołujący wniosk o nakazanie Zamawiającemu usunięcie tego wymogu, jako że decyzje GIF dotyczą wstrzymywania obrotu konkretnych serii danego produktu leczniczego, natomiast to Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (dalej: „Urząd” lub „URPL”) wydaje komunikaty bezpieczeństwa informujące o wstrzymaniu obrotu danym produktem leczniczym na terenie RP oraz komunikaty o zmianie kategorii dostępności produktu, które to są wymagane przez Zamawiającego. W SIWZ Zamawiający nie uwzględnił wymagań określających zamieszczanie komunikatów bezpieczeństwa przygotowywanych przez Urząd, a mających wpływ na bezpieczeństwo stosowania produktów leczniczych.

#### WYM.FAR.001

W ocenie Odwołującego wymaganie, zgodnie z którym „[...]Wykonawca dostarczy obowiązujące Charakterystyki Produktów Leczniczych dla leków refundowanych[...]” jest nieuzasadnione. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia tego zapisu z opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, za rejestrowanie, publikowanie i dostarczanie obowiązujących ChPL odpowiedzialny jest URPL i to on zobowiązany jest dostarczać wymienione zainteresowanym podmiotom, bądź też umożliwić dostęp do nich w tym drogą elektroniczną.



Odwołujący stwierdził, że w ramach punktowej oceny ofert Zamawiający zamierza przyznawać punkty m.in. w ramach kryterium „Jakość skróconego opisu leków”. Punktacja w tym kryterium będzie przyznawana wg następujących zasad: Przedstawiona w ramach Kryterium nr 2 próbka bazy danych zostanie poddana ocenie komisji specjalistów o której mowa w Kryterium nr 2 pod kątem jakości skróconego opisu leku na podstawie charakterystyki produktów leczniczych zatwierdzonej przez URPL.

Każdy z członków komisji dokona indywidualnej oceny przedstawionych danych. Kryteria oceny – dla każdej z kategorii:

1. Kompletność:

- a) 5 pkt – zawiera wszystkie pozycje\*,
- b) 2 pkt – zawiera 5 pozycji\*,
- c) 0 pkt – zawiera mniej niż 5 pozycji\*.

2. Użyteczność rozumiana jako możliwość szybkiego uzyskania wszelkich potrzebnych informacji osobie wystawiającej receptę (informacje istotne z punktu widzenia osoby wystawiającej receptę to traktowane łącznie: wskazania, dawkowanie, przeciwwskazania, działania niepożądane, dostępność dla kobiet w ciąży, wpływ na kierowanie pojazdem):

- a) 5 pkt – zawiera informacje istotne z punktu widzenia osoby wystawiającej receptę, zawartość uporządkowana - wyszukanie informacji nie wymaga analizy długich fragmentów tekstu,
- b) 2 pkt – zawiera informacje istotne z punktu widzenia osoby wystawiającej receptę zawartość częściowo nieuporządkowana – wyszukanie informacji wymaga analizy długich fragmentów tekstu.
- c) 0 pkt – zawiera informacje zarówno istotne jak i nieistotne z punktu widzenia osoby wystawiającej receptę; zawartość częściowo nieuporządkowana – wyszukanie informacji wymaga analizy długich fragmentów tekstu.

3. Jednoznaczność i spójność przekazu informacji z punktu widzenia osoby wystawiającej receptę:

- a) 5 pkt – Przekaz jednoznaczny i spójny. Konsekwentne używanie tych samych określeń na to samo pojęcie. Przekaz niebudzący wątpliwości interpretacyjnych.
- b) 2 pkt – Przekaz częściowo jednoznaczny i częściowo spójny. Częściowo konsekwentne używanie tych samych określeń na to samo pojęcie. Przekaz częściowo budzący wątpliwości interpretacyjne.
- c) 0 pkt – Przekaz niejednoznaczny i niespójny Używanie różnych słów na określenie tego samego pojęcia. Przekaz budzący wątpliwości interpretacyjne.

\*Pozycje podlegające ocenie w ramach kategorii kompletność:

- Wskazania,
- Dawkowanie,
- Przeciwwskazania,
- Działania niepożądane,
- Dostępność dla kobiet w ciąży,
- Wpływ na kierowanie pojazdem.

J = Jo/Jnx 30

30% – waga kryterium „Jakość skróconego opisu leków”, gdzie:

- J – liczba punktów przyznanych Wykonawcy w kryterium „Jakość skróconego opisu leków”,
- JN – najwyższa liczba przyznanych punktów przez komisję w Jakość skróconego opisu leków spośród ofert podlegających ocenie,
- JO – liczba przyznanych punktów przez komisji w Jakość skróconego opisu leków w ocenianej ofercie.

Przyjmuje się, że 1% = 1 pkt i tak zostanie przeliczona liczba punktów w kryterium „Jakość skróconego opisu leków”.

Przedstawiony przez Zamawiającego opis przyznawania punktów w ramach tego kryterium charakteryzuje się niemal całkowitą swobodą członków komisji przetargowej. Wykonawca na etapie przygotowania oferty nie jest w stanie ocenić czy jego opis zostanie uznany jako „Przekaz częściowo budzący wątpliwości interpretacyjne”, czy też „Przekaz budzący wątpliwości interpretacyjne”. Podobnie, zupełnie subiektywne będzie uznanie, czy wyszukanie informacji wymagało analizy długich fragmentów tekstu, czy też nie. Przyznając temu kryterium wagę aż 30% Zamawiający daje sobie *de facto* możliwość swobodnego wyboru oferty. Tym samym dopuszczono możliwość wyboru oferty, która nie będzie najkorzystniejsza oraz naruszono zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego sprecyzowania sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Jakość skróconego opisu leków” lub usunięcia go z kryteriów oceny ofert.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów art. 22 ust. 4 Pzp sformułowanego w pkt 1 uzasadnienia odwołania, Zamawiający stwierdził, że został on podniesiony w oparciu o okoliczności, które nie istniały w momencie składania odwołania. Odwołujący pominął fakt,

iż w dniu 9 lipca 2015 r. Zamawiający dokonał (oraz opublikował) zmianę SIWZ oraz Ogłoszenia w zakresie kwestionowanego warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że wspomniana zmiana obniżyła wymóg doświadczenia eksperta merytorycznego z zakresu publikacji informacji o lekach popartego pracą w roli dyrektora wydawnictwa lub redaktora naczelnego z 5 na 2 pozycje książkowe.

Następnie Zamawiający podał, że w dniu 22 lipca 2015 r. dokonał dalszej modyfikacji omawianego warunku w ten sposób, że pozostał wyłącznie przy wymogu, aby ekspert merytoryczny był autorem lub współautorem minimum 2 publikacji naukowych z zakresu farmakoterapii, a nadto posiadał tytuł co najmniej doktora nauk medycznych lub farmaceutycznych.

Zdaniem Zamawiającego powyższa zmiana wskazuje na to, iż żądania Odwołującego, za wyjątkiem pkt 3 na str. 4 odwołania, zostały uwzględnione.

W zakresie niezmienionego wymogu Zamawiający podał, że zamówienie obejmuje dostarczenie oraz bieżącą aktualizację informacji o wszystkich lekach dopuszczonych do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Głównym przeznaczeniem tego rozwiązania jest dostarczenie informacji o lekach interesariuszom Systemu P1. Co więcej, System Rejestracji Leków (dalej: „SRL” lub „System”) będzie brał udział w procesach obsługi elektronicznej recepty wdrożonej w ramach Systemu P1. Podstawowym założeniem projektu jest praktyczne ujęcie urzędowych i oficjalnych informacji o lekach zawartych w odpowiednich urzędowych wykazach, rozporządzeniach i w charakterystykach produktów leczniczych oraz uzupełnienie informacji urzędowych o informacje rynkowe, takie jak obecność leków na rynku oraz średnie ceny leków nie posiadających cen urzędowych. Oznacza to, że projektowana baza leków jest przedsięwzięciem o ogromnym znaczeniu dla prawidłowego funkcjonowania służby zdrowia. Z systemu będą bowiem korzystać zarówno lekarze oraz pacjenci, a zadaniem bazy jest zapewnienie pełnej informacji na temat leków refundowanych oraz nie objętych refundacją. W praktyce będzie to oznaczać możliwość analizy bazy leków przez lekarza podczas wizyty pacjenta w celu opracowania właściwej recepty. Tym samym funkcjonalność Systemu, jego merytoryczna zawartość oraz przejrzystość powinna spełniać najwyższe wymagania, zwłaszcza że zakres informacji podlegających rejestracji w Systemie jest bardzo szeroki, a same informacje mają specjalistyczny charakter i wymagają ogromnej wiedzy i doświadczenia. Stąd zaistniała potrzeba określenia takiego wymagania dla eksperta merytorycznego – członka zespołu przygotowującego SRL.

Tymczasem Odwołujący, w przyjętej przez siebie argumentacji podanej w odwołaniu, poza ogólnikowym stwierdzeniem, iż warunek w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia jest nieproporcjonalny oraz wskazuje na jednego wykonawcę nie podał żadnych dowodów, ani przekonującego uzasadnienia. W szczególności Odwołujący nie wskazał,

że określenie warunku dotyczącego posiadania co najmniej tytułu doktora nauk medycznych lub farmaceutycznych nie wynika w żaden sposób z potrzeb Zamawiającego oraz charakteru zamówienia.

Zamawiający podkreślił ponadto, że kwestionowany przez Odwołującego warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia potencjału kadrowego w zakresie eksperta merytorycznego spełnia swoją funkcję wynikającą z art. 22 ust. 5 Pzp, a jednocześnie ze względu na charakter zamówienia, w tym szczegółowe i wysokie wymagania dotyczące jego realizacji, należy uznać go za proporcjonalny oraz zgodny z przedmiotem zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie 2.000.000,00 zł Zamawiający podkreślił, że kwota przez niego wskazana jest niższa od szacowanej wartości zamówienia podstawowego po odliczeniu wartości potencjalnych zamówień uzupełniających. Tym samym nie można się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby wskazany warunek pozostawał nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zaprzeczył stwierdzeniu, że warunek zdolności finansowej lub kredytowej w obecnym brzmieniu nie jest niezbędny dla realizacji przedmiotu zamówienia. Zwrócił uwagę, że Odwołujący zaniechał podnieść zarzut naruszenia art. 22 ust. 5 Pzp, który określa zasady określania warunków udziału w postępowaniu niezbędnych dla dokonania wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Podnoszony zaś zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp, zgodnie z brzmieniem tego przepisu, może odnosić się jedynie do ewentualnej nieproporcjonalności warunku oraz braku jej powiązania z przedmiotem zamówienia.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący niezasadnie umniejsza znaczenie posiadania środków finansowych przez wykonawcę niniejszego zamówienia, sprowadzając wartość potencjału wykonawcy jedynie do wiedzy i doświadczenia dysponowanej przez niego kadry (którą to wiedzę i wymagany jej wysoki poziom również jest kwestionowany przez Odwołującego). Podkreślił, że w ramach umowy wykonawca przyjmie na siebie szereg obowiązków nie tylko w zakresie wytworzenia, dostarczenia, zainstalowania, skonfigurowania i uruchomienia systemu, dostarczenia bazy danych leków oraz skonfigurowania i zintegrowania dostarczanego systemu do współpracy z Systemem P1, ale również będzie zobowiązany do przeniesienia na Zamawiającego wszystkich praw majątkowych związanych z wykonywanym systemem oraz do świadczenia usług gwarancyjnych. Biorąc pod uwagę specyfikę oraz zakres zamówienia, którego wykonanie polega na stworzeniu specjalistycznego systemu informatycznego, należy stwierdzić, że wykonawca powinien dysponować odpowiednimi środkami, które pokryją koszty tak dużego przedsięwzięcia. Odwołujący powinien bowiem posiadać środki finansowe

umożliwiający mu nie tylko „sprzedanie licencji” oraz „stworzenie kilku nowych aplikacji”, ale również szybkie reagowanie w przypadku awarii, dostarczanie nowych wersji Systemu w ramach usług, jak również jego komponentów, czy też pokrycie kosztów udziału wyspecjalizowanych kadr w realizacji zadania.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie poparł żądania obniżenia kwoty wskazanej w treści warunku zgodnie z żądaniem odwołania żadnymi dowodami, czy wyliczeniami. W ocenie Zamawiającego, sama szacunkowa wartość zamówienia wskazuje w sposób pośredni w jakiej wysokości środki finansowe wykonawca będzie musiał zaangażować w realizację zamówienia. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, za brzmieniem sformułowanego warunku przemawia również podnoszona przez Odwołującego kwestia krótkiego terminu realizacji zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp Zamawiający podał, że Odwołujący nie powołał się na konkretnie naruszone przepisy dotyczące przedmiotu zamówienia, jak również nie uczynił z nich podstawy prawnej swoich zarzutów.

Odpowiadając na zarzuty dotyczące OPZ, a sformułowane na str. 5 odwołania (lit. a-d) Zamawiający wyjaśnił, że:

- a) określił swoje minimalne wymagania co do portalu jako możliwość wyszukania leków po zadanych kryteriach; w sytuacji w której Zamawiający nie określił po których kryteriach ma być wyszukiwane wyszukiwanie, ogólnie przyjętą praktyką jest założenie, że wyszukiwanie powinno odbyć się po wszystkich atrybutach,
- b) wskazał, że w Etapie I wytworzone zostaną elementy obejmujące zarówno interfejs graficzny, jak i analizę i jest to ogólnie podejście do wytwarzania programowania; Zamawiający wskazał w OPZ wymaganie WYM.APL.011, że interfejs graficzny ma być zgodny z platformą e-Zdrowie, dodatkowo z umowy wynika obowiązek zgodności systemu z prawem, co implikuje np. zgodność z Krajowymi Ramami Interoperacyjności, a co za tym idzie z WCAG; Zamawiający przy opisie portalu wskazał, że projekt interfejsu graficznego ma być zgodny z wizualizacją całego Systemu P1; Zamawiający określił standardowe poziom wymagań w tego typu postępowaniach przetargowych,
- c) Zamawiający jako profesjonalista ma świadomość że nie wszystkie informacje bazy leków mogą być prezentowane na wszystkich modelach telefonów ze względu na wielkość pamięci i możliwość jej rozszerzenia i ergonomię aplikacji, dlatego założył że zostanie to doprecyzowane na etapie analizy i będzie to wymagało wiedzy fachowej wykonawcy; Zamawiający oczekuje, że stosowną propozycję zawartości bazy i funkcjonalności aplikacji złoży wykonawca na etapie analizy szczegółowej.

Zamawiający określił w OPZ 3 platformy na jakie ma zostać wykonane oprogramowanie (powyższe wyjaśnienie dotyczy również lit. d).

Odnosząc się do zarzutów wskazanych na str. 6-8 odwołania Zamawiający stwierdził, że wymagania te są w chwili obecnej spójne i zgodne z obowiązującymi przepisami. Po zapoznaniu się z poszczególnymi zarzutami dotyczącymi wskazanych wymagań, Zamawiający podał, że:

#### WYM.WSP.001

Wymaganie jest precyzyjne, ponieważ Zamawiający określił, że przywoływany skrócony opis ma zawierać informację przedstawione poniżej, tj. w kolejnych wymaganiach. Niezrozumiałe jest więc przywoływanie przez Odwołującego cytowanego rozporządzenia na które Zamawiający się nie powołuje i w którym nie pada sformułowanie „skrócony opis leku”.

#### WYM.BLEK.003

„Identyfikator leku” jest to identyfikator pochodzący z rejestru Urzędu. Pojęcie to zostało wprowadzone do porządku prawnego 30 stycznia 2015 r. w Polskiej Implementacji Krajowej HL7 CDA opublikowanej w Biuletynie Informacji Publicznej Ministerstwa Zdrowia jako wypełnienie obowiązku wynikającego z rozporządzenia z art. 13 ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia.

Zamawiający zasygnalizował również, że w dniu 22 lipca 2015 r. zmienił OPZ, w wyniku czego WYM.BLEK.009, WYM.BLEK.013, WYM.BIJK.015, WYM.BLEK.031, WYM.BLEK.032, WYM.BLEK.037, WYM.BLEK.039, WYM.FAR.001 otrzymały nowe brzmienie. Podkreślił przy tym, że zgodnie z przepisami Pzp, opis przedmiotu zamówienia jest zarazem prawem, jak i obowiązkiem Zamawiającego. Na Zamawiającym ciąży dokonanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, jednakże w zakresie jego praw należy dokonanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. W ocenie Zamawiającego OPZ został sporządzony zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, bowiem Zamawiający dokonał go z uwzględnieniem swoich potrzeb o kluczowym znaczeniu. Okoliczność, że Odwołujący nie jest w stanie sporządzić oferty na podstawie obecnego brzmienia opisu przedmiotu zamówienia nie oznacza, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający stwierdził, że nie mógłby uwzględnić wskazanego zarzutu na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp ze względu na brak sprecyzowanego żądania. Odwołujący kwestionuje opis sposobu dokonywania oceny ofert w ramach kryteriów, nie proponując jednak żadnego innego rozwiązania w zamian.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie uzasadnił, jak również nie udowodnił, że opis sposobu oceny ofert na podstawie przyjętych kryteriów nie zapewni obiektywnej oceny zaofertowanych przez wykonawców rozwiązań. Ponadto, w opinii Zamawiającego, Odwołujący podnosząc powyższy zarzut powołał się na nieprawidłową podstawę prawną pomijając art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, który dotyczy kryteriów oceny ofert oraz opisu sposobu dokonywania oceny ofert, podczas gdy przywołany przez niego art. 91 ust. 1 Pzp reguluje kwestię wyboru oferty na podstawie przyjętych na gruncie SIWZ kryteriów.

Niezależnie od powyższego Zamawiający oświadczył, iż przyjęte przez niego kryteria oceny ofert, jak również opis sposobu dokonywania oceny ofert zostały sporządzone zgodnie z wymaganiami zawartymi w art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp. Kryteria te są szczegółowe, zaś Zamawiający opisał precyzyjnie, jakie cechy próbki są dla niego szczególnie istotnie i na jakim poziomie będą one dodatkowo punktowane. W jego ocenie na gruncie obecnie przyjętego brzmienia opisu sposobu dokonywania oceny ofert subiektywna ocena próbki przez członków komisji będzie wykluczona. Dodał, że SRL to pozornie proste narzędzie informatyczne odzwierciedlające listę leków dopuszczonych do obrotu. W istocie jednak jest to skomplikowane narzędzie do ciągłego użytkowania przede wszystkim przez lekarzy, w pracy których liczą się jednoznaczność informacji, jej kompletność, zgodność z aktualnym i często zmieniającym się prawem (przepisami dotyczącymi refundacji leków), a jednocześnie prostota rozwiązania, pozwalająca zminimalizować czas niezbędny do jego obsługi. Dla oceny ofert dotyczących realizacji takiego przedsięwzięcia niezbędny jest także skomplikowany zestaw kryteriów oceniany przez grupę ekspertów z różnych dziedzin. Zawarte w SIWZ kryteria i zasady oceny ofert przedstawione są prawidłowo, ponieważ zapewniają wybór oferty najlepiej spełniającej oczekiwania Zamawiającego (oraz przyszłych użytkowników systemu), a jednocześnie zapewniają obiektywizm oceny ofert z poszanowaniem równości oferentów.

Zamawiający stwierdził również, że art. 7 ust. 1 Pzp nie może stanowić samodzielnej podstawy prawnej zarzutu. Niewątpliwie wskazany przepis statuuje zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakimi są zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z teorią prawa zasady wyrażają pewne standardy i wartości, które mogą być spełnione w większym lub mniejszym stopniu, natomiast nie można ich naruszyć w taki sposób, w jaki dochodzi do naruszenia przepisów zawierających reguły. W związku z powyższym, nie jest możliwe wykazanie naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, bez dokładnego określenia reguł, których niezachowanie przez Zamawiającego doprowadziło do zachwiania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

W konsekwencji, w ocenie Zamawiającego, przedmiotowy zarzut został skonstruowany przez Odwołującego w sposób nieprawidłowy, nie odpowiadający dyspozycji zawartej

w art. 180 ust. 3 Pzp. Wskazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający nie zachował uczciwej konkurencji w Postępowaniu oraz nie traktował równo wykonawców jest stwierdzeniem zbyt ogólnym by móc uznać go za zarzut. Izba bowiem nie może rozpatrywać zarzutu, którego treści zmuszona jest się domyślać.

W podsumowaniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o: częściowe nierozpatrywanie zarzutów co do których dokonano modyfikacji treści SIWZ, z uwagi na zmianę stanu faktycznego i nieistnienie postanowień SIWZ w czasie orzekania przez Izbę, a tym samym braku istnienia sporu pomiędzy stronami w zakresie wcześniej kwestionowanych postanowień SIWZ i Ogłoszenia. Zdaniem Zamawiającego rozpatrywanie tych zarzutów byłoby sprzeczne z przepisem art. 191 ust. 2 Pzp oraz o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. ChPL o nazwie Emanera (dowód nr 1) – na okoliczność bezzasadności wymogu podawania kodów dla wszystkich substancji pomocniczych wchodzących w skład produktu leczniczego (WYM.BLEK.013),
2. ChPL o nazwie Xyzal, Lamotrix i ABAKTAL (dowody nr 2-4) – na okoliczność bezzasadności wymagania zawarcia w Systemie informacji o bezpieczeństwie stosowania produktów leczniczych dla kierowców,
3. Decyzji Nr 23/WC/2015 Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 29 maja 2015 r. wycofującej z obrotu na terenie całego kraju produktu leczniczego LATANOST (nr serii: B531219), komunikatu bezpieczeństwa z dnia 15 kwietnia 2015 r. dotyczącego produktu leczniczego o nazwie Mucofluid wraz z ChPL (dowody nr 5-7) – na okoliczność konieczności uwzględnienia w WYM.BLEK.039 informacji na temat komunikatów bezpieczeństwa wydawanych przez Urząd, bądź usunięcia tego ww. postanowienia SIWZ.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając dokumentację Postępowania, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść Ogłoszenia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole oraz modyfikację SIWZ dokonaną po wniesieniu odwołania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.



Na wstępie Izba wskazuje, że w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp), nie będąc jednocześnie związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej niż wnosił odwołujący lub nakazać zamawiającemu wykonanie/powtórzenie czynności nieobjętej w ogóle żądaniem odwołania. Sytuacje takie występują jednakże na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, przy czym kształt zapadających rozstrzygnięć przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy, etc.). Natomiast w przypadku treści postanowień SIWZ dalsza ich kreacja, poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń, gdyż inaczej prowadziłoby to do sytuacji, że odwołanie byłoby tylko sygnalizowaniem zarzutów i żądań, które następnie byłyby dopracowywane, czy konkretyzowane na dalszym etapie postępowania odwoławczego. Podniesione żądania winny być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku – w przypadku uznania ich zasadności – nakazać Zamawiającemu dokonanie konkretnej, a nie blankietowej zmiany zakwestionowanych postanowień SIWZ.

Wydaje się również zasadne ostrożne podejście do stawianych przez odwołujących żądań usunięcia kwestionowanych postanowień SIWZ, zwłaszcza w sytuacji, w której dotyczą one warunków udziału w Postępowaniu, bądź istotnych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Z samego tylko twierdzenia, że określone treści zawarte w SIWZ są, zdaniem odwołującego, niejednoznaczne, czy niezrozumiałe, nie można wyprowadzać niejako automatycznie wniosku o konieczności ich eliminacji bez rozważenia możliwości ich doprecyzowania, czy wyjaśnienia. W przeciwnym wypadku może dojść do sytuacji, w których przez proste eliminowanie określonych elementów opisu przedmiotu zamówienia nie tylko nie będzie on uwzględniał potrzeb zamawiającego, ale stanie się niekompletny, czy niespójny, uniemożliwiający, bądź utrudniający złożenie oferty, czy realizację zamówienia. Z kolei w przypadku warunków udziału w postępowaniu nakazywanie zamawiającemu ich usunięcia może spowodować sytuację, że będą one sformułowane na poziomie nieadekwatnym do stopnia złożoności przedmiotu zamówienia, umożliwiając ubieganie się o udzielenie zamówienia również podmiotom, które nie będą gwarantować należytej realizacji zawartej z nimi umowy w sprawie zamówienia publicznego, co jest sprzeczne z istotą formułowania warunków udziału w postępowaniu.

**I. Zarzut sporządzenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia**

Tytułem wprowadzenia Izba wskazuje, że określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest kompetencją zamawiającego, który występuje w nim w roli gospodarza. Istotę warunków należy postrzegać w ten sposób, że umożliwiają wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie stanowią one niejako zaporę przed nieograniczonym dostępem do zamówienia wszystkich podmiotów funkcjonujących w danym sektorze rynku. Zamawiający ograniczony jest w realizacji omawianego uprawnienia przepisami art. 22 ust. 4 i 5 Pzp, konkretyzującymi w płaszczyźnie warunków zasadę wyrażoną w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp. Pierwszy z powołanych przepisów wymaga od zamawiającego, aby opis dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i z nim związany, drugi zaś wyraża intencję formułowania warunków udziału w postępowaniu, z którą muszą być one zgodne.

Przedmiotowy zarzut dotyczył, zgodnie z uzasadnieniem odwołania, dwóch kwestii – po pierwsze – wymagań dotyczących eksperta merytorycznego w ramach warunku udziału w Postępowaniu związanego dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (Rozdział I ust. 1 pkt 3 SIWZ), po drugie zaś – posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie co najmniej 2.000.000,00 zł w ramach warunku dotyczącego zdolności finansowej.

#### **I.1.**

W odniesieniu do warunku dotyczącego potencjału kadrowego (wymagań dotyczących eksperta merytorycznego) należało mieć na uwadze dokonane przez Zamawiającego, w dniach 11 i 22 lipca 2015 r., a zatem już po wniesieniu odwołania, modyfikacje treści Ogłoszenia i odnośnych postanowień SIWZ. Pamiętać należy, że wniesienie odwołania nie uniemożliwia zamawiającemu dokonywania takich zmian, bowiem przepisy Pzp nie przewidują instytucji zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będącego następstwem skorzystania ze środka ochrony prawnej. *De lege lata* po wniesieniu odwołania zamawiający jest ograniczony jedynie w prawie zawarcia umowy, a to do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze (argument z art. 183 ust. 1 Pzp), bądź uchylenia tego zakazu w następstwie uwzględnienia stosownego wniosku (*vide* art. 183 ust. 2 i nast. Pzp).

Pamiętać trzeba przy tym, że w świetle art. 191 ust. 2 Pzp, podstawą wydania wyroku jest stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, przy czym użyte w komentowanym przepisie określenie „stan rzeczy” odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. *Ergo*, rozstrzygając o konkretnym zarzucie odwołania Izba musi uwzględnić te czynności zamawiającego podjęte po jego wniesieniu, które rzutują na toczący się pomiędzy stronami postępowania odwoławczego spór. Jeżeli takie czynności powodują

wygaśnięcie sporu w całości lub części, to dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie jest bezprzedmiotowe, a orzekanie – zbędne.

W konsekwencji ocenie Izby poddana została wyłącznie kwestia konieczności posiadania przez eksperta merytorycznego tytułu co najmniej doktora nauk medycznych lub farmaceutycznych. Pozostałe sporne wymagania zostały przez Zamawiającego usunięte z treści warunku, a sam Odwołujący oświadczył na rozprawie, że podniesiona w tym zakresie argumentacja stała się bezprzedmiotowa.

Izba stwierdziła, że zarzut odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący powołał się na okoliczność, że wymóg posiadania przez eksperta merytorycznego tytułu co najmniej doktora nauk jest nieproporcjonalny, a nadto, że z uwagi na fakt, iż przedmiotem zamówienia są usługi informatyczne, ekspert nie będzie wykonywał żadnych czynności związanych z realizacją zamówienia (wymóg niezwiązany z przedmiotem zamówienia).

Zdaniem składu orzekającego Zamawiający – mając na względzie innowacyjny i skomplikowany charakter przedmiotu zamówienia (twierdzenia te nie zostały przez Odwołującego w żaden sposób podważone, czy chociażby zaprzeczone) – ma prawo oczekiwać, aby ze strony wykonawcy przewidziana była osoba, której zadaniem będzie czuwanie nad poprawnością, kompletnością i spójnością informacji o produktach leczniczych, którymi zasilany będzie System. Analiza OPZ nie pozwala na sprowadzenie przedmiotu zamówienia do – jak chciał tego Odwołujący – dostawy dostępnego na rynku oprogramowania aplikacyjnego. Zwrócono bowiem uwagę, że jedną z podstawowych funkcjonalności systemu będzie prezentacja szczegółowych danych o produktach leczniczych (zob. OPZ, str. 1-3), w sposób odbiegający od dotychczasowych metod prezentacji takich informacji (zob. pkt II.6 uzasadnienia).

W związku z powyższym twierdzenie, że ekspert merytoryczny nie będzie wykonywał żadnych czynności w toku realizacji zamówienia, abstrahując od okoliczności że w ogóle podważa sens oczekiwania dysponowania taką osobą, czego Odwołujący nie podnosił, nie mogło się ostać. Fakt, że użyte do opisu przedmiotu zamówienia kody CPV nie wskazują na system informatyczny z dziedziny szeroko pojętej ochrony zdrowia nie oznacza, że Zamawiający może odnosić warunek udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego wyłącznie do osób z ogólnie pojętej branży informatycznej.

Z kolei argument, że Odwołujący najprawdopodobniej – jak stwierdził na rozprawie – nie będzie mógł ubiegać się o zamówienie nie stanowi dostatecznego powodu uwzględnienia zarzutu. Jak wspomniano, warunki udziału w postępowaniu mogą stanowić dla niektórych

wykonawców barierę w ubieganiu się o zamówienie i o ile nie zostanie stwierdzone, że zostały one postawione z naruszeniem przepisów Pzp, nie zachodzi konieczność ich modyfikacji.

## **I.2.**

Skład orzekający uznał, że także zarzut związany z wymogiem posiadania środków finansowych/zdolności kredytowej na określonym poziomie nie zasługiwał na uwzględnienie. Także i w tym przypadku Odwołujący zarzucał brak proporcjonalności i związania z przedmiotem zamówienia.

Na okoliczność braku związania z przedmiotem zamówienia (rozumianej jako nieprzydatność postawionego warunku do osiągnięcia celu, któremu ma służyć) Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji.

W zakresie proporcjonalności Izba uznała, że w niniejszej sprawie została ona zachowana z niżej wskazanych przyczyn.

Wymaga podkreślenia, że nie jest zasadne upatrywanie proporcjonalności wyłącznie w istnieniu stosunku (proporcji), pomiędzy kwotą wymienioną w treści warunku i szacunkową wartością zamówienia, na czym skupił swoją argumentację Zamawiający. Powyższe wynika z faktu, że trudno byłoby w takim przypadku uchwycić procentową granicę oddzielającą proporcjonalność danego warunku od jego nieproporcjonalności, w każdym bowiem przypadku, w którym powyższe wartości różnią się od siebie, pozostawać będą one w jakiejś (mniejszej lub większej) proporcji.

Zdaniem Izby ustalając proporcjonalność należy zwrócić również uwagę na przedmiot i wielkość zamówienia, stopień jego skomplikowania, czy cel jakemu ma służyć jego realizacja. W związku z tym wymaga ponownego podkreślenia, że przedmiotem zamówienia nie jest dostawa gotowego oprogramowania, które ma zostać zainstalowane na sprzęcie zamawiającego, ale stworzenie bazy o funkcjonalnościach wykraczających poza ramy standardowych, dostępnych na rynku aplikacji. Realizacja zamówienia zakłada przeprowadzenie analizy przedwdrożeniowej, wykonanie systemu i jego integrację z Systemem P1, a w ramach tych etapów wykonawca będzie zobligowany m.in. do powołania struktury projektowej (zespołów zadaniowych), opracowania opisu projektowanego systemu i jego struktury logicznej, wykonania i dostawy SRL według opracowanych założeń, opracowania i przeprowadzenia testów akceptacyjnych, przekazania funkcjonalnego systemu do eksploatacji i dostarczenia dokumentacji powykonawczej. Podane przykładowo czynności wymykają się pojęciu prostej dostawy istniejącego oprogramowania bazodanowego.

W konsekwencji nie uwzględniono argumentacji Odwołującego, który starał się niejako zbagatelizować złożoność przedmiotu zamówienia twierdząc, że skoro nie obejmuje on dostawy sprzęty, to nie jest konieczne wykazywanie Zamawiającemu dysponowania

środkami/posiadania zdolności kredytowej na poziomie 2.000.000,00 zł. Izba uznała, że warunek ów jest proporcjonalny do ogólnie pojętego stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia.

**II. Zarzut zaniechania sporządzenia OPZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**

Izba nie przychyliła się do wniosku Zamawiającego o nierozpatrywanie zarzutów dotyczących zmodyfikowanych po wniesieniu odwołania postanowień SIWZ dotyczących OPZ. Przytoczony przez niego wyrok Izby, w którego uzasadnieniu miały zostać wyrażone poglądy uzasadniające takie stanowisko, dotyczył w istocie innej sytuacji, a to uwzględnienia w całości niektórych zarzutów odwołania. W takim przypadku, wobec braku instytucji umorzenia postępowania odwoławczego w części, tj. w zakresie uwzględnionych zarzutów, wydawać by się mogło, że należy je również objąć orzeczeniem. Trzeba mieć jednak na uwadze, że w sytuacji, w której zamawiający uwzględnia zarzuty i wykonuje/powtarza/unieważnia czynność zgodnie z żądaniem odwołania, zaistniały pomiędzy stronami spór wygasa. W konsekwencji orzekanie o takich zarzutach jest zbędne, bowiem postępowanie odwoławcze, w odnoszącej się do nich części, traci walor kontradiktoryjności, który jest jego nieodłączną cechą.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wywołał sytuację zgoła odmienną – nie uwzględnił żądań Odwołującego, a jedynie dokonał innej niż oczekiwana modyfikacji postanowień SIWZ, która – co istotne – nie satysfakcjonowała strony przeciwnej. *Ergo*, spór pomiędzy stronami nie wygasł, a jego przedmiotem nadal pozostawały określone postanowienia SIWZ. Można mieć wprawdzie zastrzeżenie, że nie są to treści tożsame z tymi, które były przedmiotem odwołania, tym niemniej skład orzekający uznał, że nie stanowi to wystarczającego uzasadnienia dla uwzględnienia wniosku Zamawiającego. Trzeba mieć bowiem na uwadze ekonomikę postępowania odwoławczego, związane z nim wysokie koszty wpisu, który – do czasu wydania korzystnego dla odwołującego rozstrzygnięcia – stanowi wydatek obciążający odwołującego, a nadto względy sprawności przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby bowiem przyjąć, że w przedmiotowej sprawie, z uwagi na nieistnienie postanowień SIWZ w brzmieniu zaskarżonym odwołaniem, Odwołujący powinien wycofać odnoszące się do nich zarzuty (lub wycofać odwołanie w ogóle), bądź założyć, że w braku takiej inicjatywy Odwołującego, odwołanie należy oddalić, zaś Odwołujący powinien poszukiwać ochrony swoich praw w kolejnym postępowaniu odwoławczym, to rozwiązanie takie stanowiłoby dla Zamawiającego zachętę do powtarzającego się dokonywania modyfikacji postanowień SIWZ

następujących po wniesieniu kolejnych odwołań i narażania Odwołującego na ponoszenie kosztów w postaci 10% lub całego wpisu (oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika).

Z przytoczonych powyżej względów konieczne stało się przesądzenie kwestii zgodności zmodyfikowanych postanowień SIWZ z przepisami Pzp. Po dokonaniu ich analizy uznano, że zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Skład orzekający stwierdził, że część zarzutów dotyczących OPZ, stanowiących w istocie wątpliwości co do intencji Zamawiającego, możliwa była do rozstrzygnięcia w drodze wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. Oczywiście decyzja o tym czy skorzystać z tej instytucji, czy ze środka ochrony prawnej należy do wykonawcy, niemniej jednak decydując się na wniesienie odwołania należy mieć świadomość konsekwencji z tym związanych. Celem postępowania odwoławczego, w toku którego badane są zaskarżone postanowienia SIWZ, jest doprowadzenie ich do stanu zgodności z przepisami Pzp i to na odwołującym się wykonawcy spoczywa obowiązek dowiedzenia, że określone postanowienia pozostają z nimi w niezgodności. Okoliczność, że wykonawca nie rozumie jasno wyrażonych oczekiwań zamawiającego, bądź uważa, że – niezależnie od jego potrzeb – określone funkcjonalności przedmiotu zamówienia powinny przybrać preferowany przez odwołującego kształt, nie przesądza jeszcze o konieczności modyfikacji postanowień SIWZ.

## **II.1.**

W ocenie Izby argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie, a dotycząca oczekiwanego przez Odwołującego doprecyzowania kwestii zawartych w pytaniach ze str. 5 odwołania, pozwala na stwierdzenie, że akcentowane w nich niejasności zostały usunięte.

Stanowisko Odwołującego sprowadzało się do twierdzenia, że nie jest dopuszczalne doprecyzowanie oczekiwań Zamawiającego na etapie realizacji umowy. Izba wskazuje, że Odwołujący podał tym samym w wątpliwość sens przeprowadzania analizy przedwdrożeniowej będącej pierwszym etapem realizacji zamówienia. Gdyby podzielić stanowisko Odwołującego należałoby uznać, że rolą analizy byłoby wyłącznie potwierdzenie wymagań zawartych w OPZ, co stawiałoby pod znakiem zapytania sens jej przeprowadzenia. Zdaniem składu orzekającego w przypadku skomplikowanych i innowacyjnych projektów informatycznych (a za taki uznano przedmiot zamówienia) niejednokrotnie nieodzowne staje się uszczegółowienie pewnych kwestii (w warunkach ogólnej świadomości tego co może podlegać doprecyzowaniu i w jakim ewentualnie kierunku będzie ono zmierzać). Zamawiający który decyduje się na skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób musi mieć jednak świadomość, że oferty wykonawców mogą być droższe niż w przypadku, w którym realizacja zamówienia polega na zaspokojeniu standardowych potrzeb (oczekiwań).

## **II.2.**

W zakresie funkcjonalności WYM.WSP.001 spór sprowadzał się do kwestii, czy owo postanowienie przewiduje bezwzględny wymóg, czy jedynie możliwość prezentacji informacji o produktach leczniczych w określony sposób. Izba, na podstawie § 2 ust. 1 i 2 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ), uznała, że skoro przedmiot umowy ma być wykonany m.in. zgodnie z OPZ, to kwestionowane postanowienie przewiduje wymóg, do którego wykonawcy muszą się zastosować.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego, jakoby skrócony opis leku powinien być przygotowywany w oparciu o przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych (Dz.U.2008.210.1327). Kwestie uregulowane w tym akcie prawnym dotyczą bowiem warunków i formy reklamy produktów leczniczych, niezbędnych danych, jaki reklama ma zawierać, sposobu przekazywania reklamy, czy dokumentacji będącej podstawą do wprowadzenia na terytorium kraju produktów leczniczych przeznaczonych do dostarczania w ramach reklamy (argument z § 1 Rozporządzenia), podczas gdy celem SRL nie jest reklamowanie produktów, a wspomaganie lekarzy w procesie ordynowania leków.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że nieuprawnione jest twierdzenie, jakoby potrzeby zamawiającego mogły wynikać li tylko z obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający jest uprawniony do takiego opisanie przedmiotu zamówienia, który w sposób najpełniejszy oddaje jego oczekiwania, nawet jeśli dotyczą one kwestii nieuregulowanych przez ustawodawcę.

Poza tym zwrócono uwagę, że Odwołujący nie kwestionował samej potrzeby wyposażenia Systemu w informacje w postaci skróconych opisów produktów leczniczych, a jedynie zasady konstruowania ich treści, nie przedstawiając dowodów na poparcie twierdzenia, że kwestionowane postanowienie SIWZ, odwołujące się do innych postanowień regulujących szczegółowo tą kwestię, są niejednoznaczne, czy nieprecyzyjne.

## **II.3.**

W zakresie funkcjonalności WYM.BLEK.003 Odwołujący cofnął związany z nią zarzut.

## **II.4.**

W kwestii funkcjonalności WYM.BLEK.009 Izba stwierdziła, że skoro kod substancji czynnej ma zostać stworzony i nadany przez wykonawcę, to nie można oczekiwać od Zamawiającego, aby podał źródło kodów lub przepis sankcjonujący ich funkcjonowanie w obrocie. Zarzut ten wynikał z niezrozumienia intencji Zamawiającego, co nie nosi znamion naruszenia przepisów Pzp.

## **II.5.**

W nawiązaniu do funkcjonalności WYM.BLEK.013 Izba stwierdziła, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego na rozprawie, że w wyniku modyfikacji tego postanowienia dokonanej w dniu 22 lipca 2015 r., wymóg podania kodu substancji pomocniczej został rozszerzony z substancji pomocniczych o znanym działaniu na wszystkie substancje pomocnicze.

Jak wspomniano, zamawiającemu – w każdym przypadku, gdy stwierdzi, że opis przedmiotu zamówienia nie odzwierciedla wszystkich jego potrzeb – przysługuje uprawnienie do zmiany postanowień SIWZ przed upływem terminu składania ofert (art. 38 ust. 4 Pzp) i nie jest ono ograniczone wniesieniem odwołania na postanowienia SIWZ. W związku z tym argumentacja Odwołującego, że wymagania Zamawiającego uległy rozszerzeniu nie uzasadniała postulowanej w odwołaniu zmiany omawianego postanowienia. Trzeba pamiętać, że w takiej sytuacji wykonawca powinien skalkulować cenę oferty z uwzględnieniem podwyższonych oczekiwań odnośnie przedmiotu zamówienia. Mając powyższe na uwadze dowód nr 1 nie był przydatny do rozstrzygnięcia o przedmiotowym zarzucie.

Izba nie dopatryła się również braku precyzji w zmodyfikowanym postanowieniu SIWZ. Zamawiający wyraźnie ograniczył konieczność podania kodu substancji do przypadków, w których wynika to z obowiązujących przepisów prawa.

## **II.6.**

W zakresie funkcjonalności WYM.BLEK.031 skład orzekający uznał, że wyrażone na rozprawie stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym w przypadku, gdy sformułowane wymaganie nie wynika z obowiązujących przepisów prawa, powinno zostać usunięte z SIWZ nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn opisanych szczegółowo w pkt II.2. niniejszego uzasadnienia.

Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia żądania doprecyzowania omawianego postanowienia SIWZ. W tym zakresie stanowisko Odwołującego sprowadzało się do twierdzenia, że Zamawiający oczekuje zupełnie nowego rodzaju opisu produktu leczniczego, który dotychczas nie jest nigdzie stosowany. Nie zostało przy tym udowodnione, że wystarczające będzie odniesienie się do dotychczasowych informacji podawanych w ChPL. Nie można czynić Zamawiającemu zarzutu, że jego oczekiwania wykraczają poza ramy standardowych, funkcjonujących w obrocie rozwiązań.

## **II.7.**

Skład orzekający uznał, że Zamawiający, modyfikując postanowienie SIWZ odnoszące się do funkcjonalności WYM.BLEK.032 przez doprecyzowanie, że pole będzie zawierało



informację opisową określającą bezpieczeństwo stosowania produktu leczniczego dla kierowców, uczynił zadość jednemu z alternatywnie postawionych w odwołaniu żądań. W konsekwencji orzekanie o tym zarzucie stało się zbędne, z uwagi na brak sporu, zaś dowody nr 2-4 przedstawione przez Odwołującego Izba uznała za nieprzydatne.

W świetle powyższego zarzut powinien zostać wycofany, podobnie jak w przypadku innych zarzutów, które Zamawiający uwzględnił. Jeżeli jednak Odwołujący podtrzymał zarzut licząc na uwzględnienie na jego podstawie odwołania z uwagi na przyznanie się przez Zamawiającego do wadliwego sformułowania SIWZ, to pozostawał on w błędnym przekonaniu o istnieniu takiej możliwości. W ocenie Izby z chwilą uznania przez zamawiającego przed rozprawą części zarzutów podniesionych w odwołaniu, odwołujący winien poddać racjonalnej analizie pozostałe zarzuty i sens ich dalszego podtrzymywania, a nie liczyć na to, że niezależnie od ich oceny Izba, biorąc pod uwagę częściowe uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego, dokona uwzględnienia odwołania i obciąży go kosztami postępowania odwoławczego.

#### **II.8.**

W zakresie funkcjonalności WYM.BLEK.037 Odwołujący cofnął związany z nią zarzut.

#### **II.9.**

Zarzut odnoszący się do funkcjonalności WYM.BLEK.039 był chybiony.

Odwołujący twierdząc o konieczności wyposażenia systemu w dodatkową, nieprzewidzianą postanowieniami SIWZ, funkcjonalność (uwzględnienie w OPZ wymagań określających zamieszczanie komunikatów bezpieczeństwa związanych z produktami leczniczymi, które są przygotowywane przez URPL) usiłował uzurpować sobie prawo do decydowania o potrzebach Zamawiającego.

Izba uwzględniła przy tym stanowisko Zamawiającego, że funkcjonalność, której wprowadzenia do OPZ domagał się Odwołujący, realizowana będzie w innym postępowaniu.

Stąd, przedstawione przez Odwołującego dowody nr 5-7 uznane zostały za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o przedmiotowym zarzucie.

#### **II.10**

Skład orzekający nie znalazł również podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego funkcjonalności WYM.FAR.001.

Ze zmodyfikowanego przez Zamawiającego w dniu 22 lipca 2015 r. wymagania wynika, że obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie w ramach systemu określonych informacji (ChPL) na podstawie dokumentów publikowanych przez Urząd.

Izba stwierdziła, że okoliczność, iż – zgodnie z twierdzeniami Odwołującego – ChPL jest dokumentem publikowanym przez Urząd nie stoi w sprzeczności z możliwością nałożenia na wykonawców obowiązku ich dostarczenia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, tym bardziej że – jak stwierdził Odwołujący wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu nr 1 – ChPL można pobrać ze strony internetowej URPL. Odwołujący nie wskazał na żadne przeszkody (prawne, bądź inne) uniemożliwiające wykonanie tego zobowiązania, ograniczając się w istocie do głośownego kwestionowania nałożenia na niego takiego obowiązku.

### **III. Zarzut wprowadzenia w kryteriach oceny ofert sposobu przyznawania punktów, który nie gwarantuje wyboru oferty najkorzystniejszej**

Zarzut nie potwierdził się.

Wprawdzie Zamawiający trafnie argumentował, że Odwołujący zarzucił naruszenie niewłaściwego przepisu (podał art. 91 ust. 1 w miejsce art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp), tym niemniej okoliczność ta nie mogła *per se* przesądzać o braku możliwości rozpoznania omawianego zarzutu. Skład orzekający uznał, że podejście takie jest nie tylko zbyt formalistyczne, ale także obce przepisom Pzp, czego przykładem jest chociażby odnoszący się do wymogów formalnych odwołania art. 187 ust. 3 zd. drugie Pzp, zgodnie z którym mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę.

Analiza żądań zawartych w odwołaniu wskazuje, że Odwołujący domagał się alternatywnie modyfikacji dwóch podkryteriów w jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert (polegającej – jak się wydaje – na sprecyzowaniu sposobu oceny ofert) lub usunięcia kwestionowanych postanowień z treści SIWZ.

Skład orzekający uznał, że drugie ze wskazanych oczekiwań Odwołującego nie było uzasadnione. Taką ocenę determinowała okoliczność, że Odwołujący nie podał żadnych uzasadnionych powodów przemawiających za jego uwzględnieniem, ograniczając się jedynie do wskazania fragmentów opisu kryterium, które uważał za nieprecyzyjne. Jak wspomniano, z samego tylko twierdzenia, że przewidziane przez zamawiającego kryterium oceny ofert jest – w ocenie wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej – sformułowane nieprecyzyjnie, czy też przy użyciu pojęć o charakterze ocennym nie można jednak wyprowadzać niejako automatycznie wniosku o konieczności jego eliminacji. Zważywszy na doniosłą rolę kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (bez nich nie byłoby możliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, do czego zmierzać ma procedura udzielenia zamówienia) konieczne jest w pierwszej kolejności rozważenie, czy nie zachodzi możliwość poprawienia opisu kryterium w sposób

minimalizujący dowolność ocen. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania usankcjonowałoby nieprawidłowy, zdaniem Izby, mechanizm powodujący konieczność automatycznego usuwania nieprecyzyjnych postanowień SIWZ, co niejednokrotnie skutkowałoby negatywnie dla zamawiającego. Pozbawiłby on zamawiającego istotnych narzędzi umożliwiających wybór oferty najkorzystniejszej (abstrahując od praktycznych trudności związanych z żądaniem wyłącznie usunięcia jedyne go pozacenowego kryterium oceny ofert, w sytuacji w której, zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisu art. 91 ust. 2a Pzp, cena, co do zasady, nie może być wyłącznym kryterium oceny ofert), stanowiąc powrót do wyboru ofert wyłącznie w oparciu o kryterium najniższej ceny.

W konsekwencji rozważyć należało konieczność doprecyzowania kwestionowanych w odwołaniu podkryteriów. Uwzględniając omówioną wcześniej kwestię konieczności rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania dotyczących treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień SIWZ w kontekście formułowanych żądań Izba uznała, że uwzględnienie żądania modyfikacji kryteriów oceny ofert mającej polegać – zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego – na ich doprecyzowaniu nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na niesprecyzowanie oczekiwań w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że kształt postanowień SIWZ odnoszących się do kwestionowanych podkryteriów jest na tyle precyzyjny, że minimalizuje subiektywizm dokonywanych ocen.

Trzeba mieć na uwadze, że w przypadku kryteriów oceny ofert odnoszących się do jakości oferowanych rozwiązań nie jest w praktyce możliwe takie ich sformułowanie, które eliminuje możliwość dokonywania ocen (i przyznawania punktów) w oparciu o odczucia, przekonania, czy preferencje osób powołanych do tego przez Zamawiającego. Innymi słowy – subiektywizm jest wpisany w ocenę ofert w kryterium odnoszącym się do jakości, wobec czego obowiązkiem zamawiającego jest dążenie do takiego ukształtowania kryteriów jakościowych, aby ów subiektywizm ograniczyć (zminimalizować).

*Ad casum* skład orzekający uznał, że Zamawiający sprostą temu oczekiwaniu. Po pierwsze – wprowadził definicje pojęć, w oparciu o które dokonywane będą oceny w kwestionowanych podkryteriach i choć można powziąć wątpliwość, czy są one wystarczająco precyzyjne, jako że również odwołują się do pojęć ocennych, tym niemniej Izba uznała, że wpisują się one w postulat minimalizacji subiektywizmu. Po drugie – zgodnie z Rozdziałem II ust. 3 pkt 3.1) SIWZ ocena w kryterium „Jakość skróconego opisu leków” dokonywana będzie indywidualnie przez każdego członka komisji. Po trzecie – w świetle postanowienia Rozdziału II ust. 3 pkt 3.1 w zw. z ust. 2 pkt 2.1 SIWZ ocena w kwestionowanym kryterium dokonywana będzie przez interdyscyplinarny zespół ekspertów.

Izba stwierdziła, że wyrażone na rozprawie stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający winiem ukształtować sposób oceny w kwestionowanych podkryteriach w sposób odpowiadający metodologii zastosowanej w pierwszym podkryterium (Rozdział II ust. 3 pkt 3.1 lit a) – „Kompletność”) wskazuje, że Odwołujący oczekiwał zastosowanie określeń mierzalnych. Nie sposób jednak kryteriów pozacenowych sprowadzać wyłącznie do czynników mogących zostać wyrażonych liczbowo (np. długość okresu gwarancyjnego, termin płatności), zwłaszcza w przypadku specjalistycznych i innowacyjnych zamówień, takich jak to objęte Postępowaniem.

Izba nie mogła uwzględnić żądania uzupełnienia projektu umowy o obowiązkowe zapisy wynikające z przepisu art. 142 ust. 5 Pzp z uwagi na fakt, że nie był z nim skorelowany żaden z zarzutów odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....