

Sygn. akt: KIO 1477/11

**WYROK**  
z dnia 20 lipca 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Emil Kawa**

**Protokolant:** **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2011 r. przez wykonawcę **ASSECO POLAND S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny im. F. Ceynowy, 84-200 Wejherowo, ul. dr A.Jagalskiego 10;**

przy udziale wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża ASSECO POLAND S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ASSECO POLAND S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** tytułem wpisu od odwołania,

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Szpital Specjalistyczny im. F. Ceynowy, 84-200 Wejherowo, ul. dr A.Jagalskiego 10 zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest „dostawa, instalacja, wdrożenie oraz serwis Zintegrowanego Systemu Informatycznego dla Szpitala w Wejherowie”,

Nr ogłoszenia w DUUE 2011/S 74-121265.

W dniu 30 czerwca 2011 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty tj. oferty CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., a tym samym sklasyfikowaniu na drugim miejscu oferty wykonawcy Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, przy ul. Olchowej 14, 35-322 Rzeszów, zwany dalej „Odwołującym”.

Do toczącego się postępowania skutecznie przystąpił wykonawca CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9 zgłaszający przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego.

W złożonym odwołaniu Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie przepisów:

- 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy przez wybór oferty CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. pomimo istnienia przesłanek do wykluczenia CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., wobec złożenia przez ten podmiot informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy przez wybór oferty CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. pomimo istnienia przesłanek do odrzucenia tej oferty, wynikających z niezgodności treści tej oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wobec zaoferowania przedmiotu zamówienia nie spełniającego wymagań Zamawiającego, określonych w SIWZ,
- art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, pomimo zasygnalizowania przez Odwołującego nieprawidłowości w treści oferty tego wykonawcy.

Wobec powyższego wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 30 czerwca 2011 r. oraz nakazanie ponownego badania oferty CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o.,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o.,  
alternatywnie

- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o.,

alternatywnie

- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że w rozdziale VI SIWZ (str. 9) Zamawiający wskazał wykaz dokumentów, które mają obowiązek złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia, że przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ. Pośród tych dokumentów Zamawiający wymienił wypełniony oraz podpisany i parafowany załącznik nr 9 do SIWZ, przy czym w przypadku parametrów oferowanego sprzętu wymagane jest wypełnienie każdego z wierszy formularza poprzez jednoznaczne podanie oferowanych parametrów technicznych i ilościowych oferowanego sprzętu i innych wymaganych elementów w zakresie umożliwiającym jednoznaczną ocenę spełniania określonych przez Zamawiającego warunków minimalnych. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że niewypełnienie któregokolwiek z wierszy formularza lub wypełnienie niezgodnie z SIWZ będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Nadto Zamawiający zaznaczył, że oferowany parametr musi być wyspecyfikowany przez Wykonawcę zgodnie ze stanem faktycznym. W załączniku nr 9 do SIWZ w rozdziale X pkt 7 (str. 103) Zamawiający określił minimalne wymagania dla następującego urządzenia „Przełącznik zarządzany warstwy 3, SFP - 24 portów (1 sztuka)”. Wśród parametrów znalazł się parametr dotyczący architektury a minimalne wymaganie dotyczące tego parametru obejmowało wspieranie standardu Ethernet, FastEthernet oraz GigaEthernet.

Wykonawca CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie (str. 175) zaoferował przełącznik produkcji HP typ HP ProCurve Switch 6200yl-24G Mglc, P/N: J8992A, co do którego wykonawca ten wskazał, że zaoferowany przełącznik spełnia minimalny parametr dotyczący architektury tj. że wspiera standard Ethernet, FastEthernet oraz GigaEthernet. Pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającego na fakt, że zaoferowany przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. przełącznik nie spełnia minimalnych wymagań Zamawiającego, ponieważ nie obsługuje standardu Ethernet, a nadto że prawidłowa nazwa produktu to HP E6200yl-24G-mGBIC P/N: J8992A.

Zamawiający nie zwrócił się o wyjaśnienia tej kwestii do CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. a jedynie we własnym zakresie stwierdził (str. 6 pisma Zamawiającego z dnia 30.06.2011 r.), że z posiadanej przez Zamawiającego wiedzy wynika, że do przełącznika dostępny jest odpowiedni „Transceiver - HP X121 IG SFP RJ45 T (P/N J8177C).

Ponadto w zakresie treści załącznika nr 9 do SIWZ w rozdziale X pkt 5 (str. 101) Zamawiający określił minimalne wymagania dla urządzenia „Przełącznik zarządzany 10/100/1000 - 48 portów (6 sztuk)”. Zamawiający wskazał na parametr tego urządzenia tj.

„Obsługiwane protokoły”, a w wymaganiach minimalnych wskazał m.in. na konieczność obsługiwanego protokołu IEEE 802.lv. Taki sam wymóg znalazł się w pkt. 6 tego rozdziału (str. 102) w odniesieniu do urządzenia ..Przełącznik zarządzany 10/100/1000 - 24 porty Wykonawca CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie (str. 173-175) zaoferował jako spełniające minimalne wymagania odpowiednio przełączniki HP 2510G-48 P/N J9280A oraz HP 2510G-24 P/N J9279A.

Pismem z dnia 22 czerwca 2011 r. Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającego na fakt, że zaoferowane przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. przełączniki nie spełniają minimalnych wymagań Zamawiającego, ponieważ nie obsługuje protokołu 802.lv. W zakresie zastrzeżeń co do wspierania przez przedmiotowe przełączniki protokołu 802.lv, Zamawiający we własnym zakresie stwierdził (str. 6 pisma Zamawiającego z dnia 30.06.2011 r.), że z posiadanej przez Zamawiającego wiedzy wynika, że standard ten zawiera się w innym standardzie obsługiwanym przez to urządzenie.

Wobec powyższego stwierdził, że zaoferowany przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. przełącznik HP E6200yl-24G-mGBIC P/N: J8992A nie obsługuje standardu Ethernet wymaganego przez Zamawiającego. Użycie transceivera HP XI21 IG SFP RJ45 T (P/N J8177C), o którym pisał Zamawiający, również nie zapewni spełnienia przez przełącznik standardu Ethernet. Na dowód powyższego Odwołujący uzyskał oświadczenie producenta oferowanego urządzenia, które potwierdza powyższe okoliczności.

Dowód: Oświadczenie HP Polska Sp. z o.o. z dnia 8 lipca 2011 r., odpis z KRS

Ponadto przełączniki HP 2510G-48 P/N J9280A oraz HP 2510G-24 P/N J9279A nie obsługują standardu 802.lv. Na dowód powyższego Odwołujący uzyskał oświadczenie producenta oferowanych przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. urządzeń, które potwierdza powyższe okoliczności.

Wobec powyższego podniósł, że należy stwierdzić, że CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. złożył w treści oferty nieprawdziwe informacje, w zakresie spełniania przez przedmiot zamówienia minimalnych parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Przy czym istotne jest, że nieprawdziwe informacje zostały przedstawione w wymaganym przez Zamawiającego oświadczeniu, mającym potwierdzać spełnienie warunków przedmiotowych, a których niewypełnienie lub wypełnienie niezgodnie z SIWZ skutkowało odrzuceniem oferty. Tak więc CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. nie złożył informacji zgodnych ze stanem rzeczywistym gdyż. potwierdził wyłącznie spełnianie standardu FastEthernet i GigaEthernet co do jednego z przełączników oraz nie wymienił standardu 802.lv co do dwóch pozostałych przełączników, tym samym jego oferta winna zostać odrzucona - stosownie do zastrzeżenia zawartego w SIWZ, jako oferta niezgodna z jego treścią .

Skutkiem złożenia przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania powinno być wykluczenie tego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Zamawiający wymagał jednego przełącznika, który będzie obsługiwał trzy standardy (Ethernet, FastEthernet, GigaEthernet), a zaoferowano przełącznik, który obsługuje jedynie dwa z nich. Zamawiający wymagał także przełączników obsługujących standard 802.lv a zaoferowano przełączniki, które takiego standardu nie obsługują.

Ponadto wskazał ,że z daleko posuniętej ostrożności procesowej na wypadek nie uznania powyższej argumentacji Zamawiający powinien był co najmniej wezwać CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty w zakresie spełniania przez zaoferowany przełącznik HP E6200yl-24G-mGBIC P/N: J8992A standardu Ethernet, oraz spełniania przez zaoferowane przełączniki HP 2510G standardu 802.1v.

Ponadto podniósł zarzut ,że zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ w rozdziale I. „Ogólny opis przedmiotu zamówienia." punkt 2.8 zamawiający jako ogólne opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konieczność dokonania integracji z istniejącymi systemami w tym z programem Patomorfologia (część systemu InfoMedica) firmy Asseco Poland. Dla wykonania takiej integracji niezbędne jest przygotowanie interfejsu pomiędzy dwoma programami czyli powstaje konieczność opracowania oprogramowania po stronie nowo wdrażanego systemu oraz konieczność przygotowania oprogramowania po stronie istniejącego systemu Patomorfologia. Programy te jako utwory w rozumieniu prawa autorskiego są udostępniane do korzystania zamawiającemu, czyli udzielana jest licencja na korzystanie z oprogramowania. Tymczasem CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. w rozdziale XI. Załącznika nr 9 „Licencje, oprogramowanie." w pkt nr 13, gdzie Zamawiający wymagał od Oferentów podania licencji na wszelkie inne oprogramowanie niezbędne do poprawnego, pełnego funkcjonalnie, stabilnego i zgodnego z przepisami funkcjonowania oferowanego rozwiązania - nie opisał żadnych licencji. CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. napisał w tym punkcie, że „Oferowane rozwiązanie nie wymaga licencji na inne oprogramowanie".

Wobec powyższego stwierdził ,że oferta Przystępującego nie jest zgodna z treścią SIWZ ponieważ nie zaoferowano przedmiotu zamówienia wymaganego przez Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał ,że podniesione zarzuty są niezasadne . Wszystkie czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania były zgodne z prawem. W szczególności w pełni uzasadniona i prawidłowa była czynność polegająca na wyborze oferty. Podniósł ,że swoje zarzuty Odwołujący opiera na twierdzeniu, że zaoferowany przez Przystępującego przełącznik HP E6200yl-24G-mGBIC nie spełnia minimalnego parametru dotyczącego architektury, tj. że nie wspiera standardu Ethernet, a jedynie Fast Ethernet oraz Giga Ethernet. Odnosząc się do tego zarzutu, należy zauważyć, co następuje:

Zamawiający opisując wymagania dotyczące architektury sieci, do której ma być przyłączony przedmiotowy przełącznik, użył określenia Ethernet. Ethernet jest najpopularniejszym standardem w sieciach lokalnych. Jego właściwości techniczne reguluje norma IEEE 802.3 określająca takie parametry sieci, jak prędkość transmisji, rodzaje kabli, maksymalną rozległość sieci dla konkretnego rodzaju kabla itp. Definiując architekturę przełączników Zamawiający chciał uniknąć wątpliwości w jakiej technologii mają działać przedmiotowe przełączniki. Wymienienie protokołu 802.3 miało jedynie na celu powołanie się na standard przesyłania danych, gdyż za tym symbolem kryje się historyczna już, jak wyżej wspomniano, realizacja przesyłania danych na kablu 10BASE5. Zgodnie z oficjalnymi standardami, dla architektury 802.3 Ethernet, występuje szereg wariantów, które wdrażane były w określonych latach, a które już aktualnie w części nie są obecne na rynku. W ramach opisywanej architektury w standardzie 802.3 Ethernet występował początkowo tak samo nazwany standard, potem zaś nowsze standardy na nim oparte otrzymywały nazwy: 802.3a Ethernet, 802.3b Ethernet itd. Zamawiający opisał w SIWZ 802.3 Ethernet jako ogólną grupę, w której skład wchodzi również Fast Ethernet oraz Gigabit Ethernet. W ramach standardu Fast Ethernet, Zamawiający wskazał konkretnie podtyp: „802.3u FastEthernet” natomiast dla standardu Gigabit Ethernet: „802.3ab Gigabit Ethernet” oraz „802.3z Gigabit Ethernet”.

Wskazał że w przypadku architektury Fast Ethernet i Gigabit Ethernet wprost wskazał, iż oczekuje protokołów 802.3u Fast Ethernet, 802.3ab Gigabit Ethernet i 802.3z Gigabit Ethernet.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu dotyczącego przełączników HP 2510G-48 i HP 2510G-24 a także w zakresie zarzutu dotyczącego braku wsparcia dla protokołu IEEE 802.lv IPv6 VLAN, argumentował iż przeprowadził szczegółową analizę dotyczącą obsługiwanych protokołów przez przedmiotowe przełączniki. Dokumentacja techniczna dotycząca przełączników (Zamawiający wykorzystał m.in. link wskazany przez Odwołującego) jednoznacznie wskazuje, że przełączniki serii 2510G są zgodne z standardem IEEE 802.1Q. Jednocześnie bazując na ogólnie dostępnych dokumentach, które powinny być znane również Odwołującemu, Zamawiający stwierdził, że standard IEEE 802.lv stanowi obecnie integralną część standardu IEEE 802.1Q.

W związku z powyższym należy traktować standard IEEE 802.1Q jako wyższy niż IEEE 802.lv.

Podniósł że dołączone do odwołania oświadczenia Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. nie mogą mieć dla sprawy znaczenia. Stwierdzają one pewne fakty, jednakże przy założeniu pewnej określonej interpretacji użytych sformułowań: oświadczenie dotyczące przełącznika HP E6200yl-24G-mGBIC (p/n: J8992A) wiąże standard Ethernet z prędkością przesyłania danych, tymczasem Zamawiający posługując się tym pojęciem miał na myśli określoną technologię, odróżniając ją od innych dostępnych technologii. Podobnie oświadczenie

dotyczące pozostałych przełączników wskazuje, że produkty te nie wspierają standardu 802.1 v., ale nie wspomina ono, że standard ten objęty jest standardu IEEE 802.1Q. Zarzucił Odwołującemu ,ze Odwołujący interpretując nazbyt literalnie SIWZ i wiedząc o faktycznych oczekiwaniach Zamawiającego - stara się wywołać wrażenie, że Zamawiający oczekiwał czegoś, co całkowicie nie jest mu potrzebne dla prawidłowego działania systemu. Istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego -szczególnie w tej konkretnej sprawie - jest zaoferowanie systemu, który spełniać będzie warunek założonej przez Zamawiającego funkcjonalności i integralności. Oferta złożona przez Uczestnika warunek ten spełnia. Odwołujący nie wykazał zaś w żaden sposób, by zaoferowane przełączniki niweczyły bądź uniemożliwiały/ograniczały osiągnięcie pełnej funkcjonalności i integralności systemu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust.1 ustawy pzp wskazał ,że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy PZP odwołanie przysługuje między innymi na zaniechanie przez Zamawiającego czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jedną z przesłanek pozwalających uznać, że na dane zaniechanie Zamawiającego przysługuje odwołanie jest zobowiązanie Zamawiającego do tej czynności przez ustawę.. Zamawiający na mocy tego artykułu nie jest zobowiązany do tej czynności. Podniósł że nie można zarzucić Zamawiającemu, iż naruszył art. 87 ust. 1 ustawy PZP tylko dlatego, że nie wystąpił do Wykonawcy z wnioskiem o złożenie wyjaśnień na podstawie jedynie wątpliwości innego Wykonawcy. Te wątpliwości muszą także istnieć po stronie Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprzedstawienia przez Przystępującego licencji na moduł wymiany danych z programem „Patomorf” oraz sublicencji na moduł wymiany danych po stronie programu „Patomorf” podniósł, że CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. wskazało, że „Oferowane rozwiązanie nie wymaga licencji na inne oprogramowanie”. Przedmiot zamówienia opisany został w SIWZ szczegółowo - również w zakresie posiadanych przez Zamawiającego systemów jak i zakresu integracji z tymi systemami. Z wiedzy posiadanej przez Zamawiającego, dla wykonania takiej integracji nie jest niezbędne przygotowanie licencjonowanego interfejsu pomiędzy dwoma programami (wykonanie integracji możliwe jest przy zastosowaniu różnych technologii - także bez konieczności tworzenia dodatkowych licencjonowanych interfejsów). Odwołujący nie wykazał, by faktycznie niezbędne było posiadanie dodatkowych licencji na oprogramowanie (czy też sublicencji). Wskazał na przepis art. 75 ust 2 pkt. 3 ustawy z dnia z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.06.90.631 j.t. z późn. zm) nie wymaga zezwolenia uprawnionego między innymi: „zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2 , jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi, o ile zostaną spełnione następujące warunki:

- a) czynności te dokonywane są przez licencjobiorcę lub inną osobę uprawnioną do korzystania z egzemplarza programu komputerowego bądź przez inną osobę działającą na ich rzecz,
- b) informacje niezbędne do osiągnięcia współdziałania nie były uprzednio łatwo dostępne dla osób, o których mowa pod lit. a,
- c) czynności te odnoszą się do tych części oryginalnego programu komputerowego, które są niezbędne do osiągnięcia współdziałania."

Podniósł, że ustawodawca ograniczył w tym zakresie prawa autorskie. W zakresie i pod warunkami opisanymi wyżej dopuszczalne jest w szczególności trwałe lub czasowe zwielokrotnienia programu komputerowego w całości lub w części, a także tłumaczenie, przystosowywanie, zmiana układu lub jakiegokolwiek inne zmiany w programie komputerowym (art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2).

Przystępujący popierając stanowisko Zamawiającego prezentowane w sprawie, podniósł dodatkowo, że Odwołujący na etapie odwołania dokonuje własnej interpretacji postanowień siwz co jest nieuprawnione gdyż takie prawo przysługuje tylko podmiotowi, który daną specyfikację wytworzył. Jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do znaczenia zapisów postanowień siwz to winien był wystąpić w tej sprawie do Zamawiającego o wyjaśnienia. Przedłożył dowód w postaci odpowiedzi tzw. Goldpartnerów firmy HP, z których wynika, iż powyżsi partnerzy stwierdzają, iż zaoferowane przez przystępującego urządzenie – przełącznik, spełnia parametry wymagane w siwz na wyższym poziomie niż to wymagał Zamawiający. Wskazał, że w załączniku 10 rozdział 10 pkt 5 Zamawiający wskazał na wymagania minimalne co do wymaganego przełącznika. Na potwierdzenie swojego stanowiska o spełnianiu wymaganych parametrów przez przełącznik w tym zakresie przedłożył oświadczenie firmy HP z Czech, z którego wynika, iż oferowane przez wykonawcę przełączniki o symbolu 2510g-48 spełniają normę 802.1q. Z wymagań Zamawiającego w siwz wynika, iż wymagał on spełnienia przez urządzenie normy 802.1v i ten wymóg był wymogiem minimalnym. Natomiast z przedłożonych dokumentów, w szczególności protokołu 802.1q wynika, iż protokół oznaczony tym symbolem obejmuje swoim działaniem również protokół o numerze 802.1v. Tym samym z powyższego należy wywieść, iż nie jest to urządzenie tożsame, to jednak spełnia w pełni wymagania Zamawiającego. Wskazał ponadto na brak podstawy do żądania aby na wykonanie połączeń obu programów nowego i obecnie funkcjonującego wymagana była licencja. Wskazuje, iż zgodnie z odpowiedzią na zadane przez wykonawców pytanie Zamawiający wskazał, że kwestia dotyczy tylko integracji systemu, a więc zgodnie z załącznikiem nr 7 do umowy zamawiający ma prawo na wykonywanie takiej integracji bez potrzeby dodatkowych wymogów w zakresie licencji w tym zakresie.



**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienia odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy oraz art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy pzp, dotyczącego złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a także nie odrzucenia tej oferty pomimo istnienia przesłanek do odrzucenia wynikających z niezgodności treści tej oferty z treścią siwz, Odwołujący podniósł dwa zarzuty – pierwszy dotyczył wymogu podanego w załączniku nr 9 do SIWZ w rozdziale X pkt 7 (str. 103) gdzie Zamawiający określił minimalne wymagania dla następującego urządzenia „Przełącznik zarządzany warstwy 3, SFP - 24 portów (1 sztuka)”. Wśród parametrów znalazł się parametr dotyczący architektury, a minimalne wymaganie dotyczące tego parametru obejmowało wspieranie standardu Ethernet, FastEthernet oraz GigaEthernet.

Wykonawca CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie (str. 175) zaoferował przełącznik produkcji HP typ HP ProCurve Switch 6200yl-24G Mglic, P/N: J8992A, co do którego wykonawca ten wskazał, że zaoferowany przełącznik spełnia minimalny parametr dotyczący architektury tj. że wspiera standard Ethernet, FastEthernet oraz GigaEthernet. W postanowienia siwz zamawiający wymagał spełnienia trzech standardów dotyczących architektury Ethernet, a wykonawca zaoferował dwa, a mianowicie FastEthernet i GigaEthernet. W odpowiedzi na ten zarzut Zamawiający wskazał że problem co do tego zarzutu dotyczy architektury Ethernet, pojawia się dlatego że Odwołujący w sposób nieprawidłowy rozumuje pojęcie standard Ethernet. Mówiąc o standardzie Ethernet Zamawiający miał na myśli ogólną technologię wywodzącą się z dziedziny urządzeń Ethernet, takie określenie jest powszechnie stosowane w kręgu profesjonalistów z dziedziny informatyki . Przywoływany składnik Ethernet 802.3 jest produktem z1985 roku. Był produktem wyjściowym i w tej formie obecnie już nie funkcjonuje. Czyli w specyfikacji Zamawiający określając standard Ethernet ujął ją jako ogólną architekturę. A Fast Ethernet i Giga Ethernet należy rozumieć jako rozwój tej architektury.

Zdaniem Izby spór dotyczy interpretowania standardów Ethernet.

Ethernet (IEEE 802.3) jest najszerszej wykorzystywaną technologią w sieciach lokalnych (LAN). Na przestrzeni wielu lat od powstania technologii Ethernet rozwijały i nadal rozwijają się różne jego wersje różniące się szybkością transmisji. Te wersje to Ethernet, Fast Ethernet, Gigabit Ethernet. Najbardziej popularną na dzień dzisiejszy wersją Ethernet jest Ethernet 100 Mb/s, który nazywany jest jako Fast Ethernet. Oryginalny Ethernet działał z przepływnością 10 Mb/s. Kolejnymi wersjami są Gigabit Ethernet pracujący z szybkością 1 Gb/s (1000 Mb/s) i 10 Gigabit Ethernet z szybkością 10 Gb/s. Biorąc pod uwagę powyższe założenia Izba stwierdza, że nie można odmówić stanowisku Zamawiającego racji, w sytuacji kiedy nie jest kwestionowany fakt, że Ethernet 802.3 nie jest już używany na rynku i obecnie stanowi określenie ogólnej grupy Ethernet będącej architekturą dla protokołów zgodności przesyłania danych tj.- Fast i Gigabit Ethernet. Wynika to również z wymogów minimalnych wskazanych w ofercie Odwołującego na str.175 gdzie w wymogach minimalnych w pozycji – architektura, wskazano zapis wymogu Ethernet/Fast Ethernet/Giga Ethernet, a więc Ethernet stanowi grupę główną architektury.

Odnosząc się do punktu 16 siwz dotyczącego zasad wypełniania załącznika nr. 9 do siwz należy stwierdzić, że zawiera on niejednoznaczne i niespójne zapisy dotyczące oferowanych wymogów parametrów technicznych sprzętu które można podzielić, na dwa oddzielne wymogi „ ..1)wymagane jest wypełnienie każdego z wierszy formularza poprzez jednoznaczne podanie oferowanych parametrów technicznych i ilościowych oferowanego sprzętu i innych wymaganych elementów, .. 2) elementów w zakresie umożliwiającym jednoznaczną ocenę spełniania określonych przez Zamawiającego warunków minimalnych”. Odnosząc powyższy zapis do wypełnienia przez Przystępującego pkt.7 lp.5 na str. 175 oferty należy uznać za dopuszczalne wpisanie w specyfikacji oferowanego sprzętu urządzeń posiadających parametry nie niższe niż wymogi wskazane w wymaganiach minimalnych. Tym samym podstawowym warunkiem było wpisanie sprzętu niekoniecznie oferowanego, ale takiego który spełnia wymogi minimalne. Takie rozumowanie uzasadnia zdaniem Zamawiającego fakt, że cena za przedmiot zamówienia jest ceną ryczałtową i wykonawca może zaoferować urządzenie o parametrach lepszych niż wymagane, co w żaden sposób nie wpływa na wysokość ceny za wykonanie zamówienia. Zgodnie z linią orzeczniczą KIO wykonawca, jeśli Zamawiający wyraźnie tego nie zastrzegł, może zaoferować urządzenie o lepszych parametrach niż wymagane, a Zamawiający ma je obowiązek przyjąć /KIO 623/11/. Tym samym Izba nie stwierdza, że Przystępujący w tej sytuacji naruszył przepisu art. 24 ust. 3 ustawy pzp. Ewentualne wątpliwości w tym zakresie zdaniem Izby, można by rozpatrywać w kategorii nieściśłości w wypełnieniu rubryk formularza, a nie jako niezgodność treści oferty z postanowieniami siwz.

Odnosząc drugiego zarzutu uzasadniającego naruszenie w/w przepisów ustawy pzp, a dotyczącego przełączników HP 2510G-48 i HP 2510G-24 a także zarzutu dotyczącego braku

,wsparcia dla protokołu IEEE 802.1v IPv6 VLAN, Izba stwierdza, że na podstawie przedłożonych przez Zamawiającego i Przystępującego oświadczeń i dokumentów należy jednoznacznie stwierdzić, że zarzut ten jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący do odwołania załączył dowód w postaci oświadczenia HEWELTT-PACKRD POLSKA sp. z o.o. mający potwierdzać, że zaoferowane przez Przystępującego przełączniki HP 2510G-48 (p/n: J9280A) i HP 2510G-24 (p/n: J9279A) nie wspierają standardu 802.1v. Powyższemu oświadczeniu HP nie można zarzucić poświadczenia nieprawdy, lecz należy dokonać jego interpretacji w odniesieniu do następujących faktów. Zgodnie z przedstawioną dokumentacją techniczną przełączników, należy stwierdzić że przełączniki serii 2510G są zgodne ze standardem IEEE 802.1Q, a nie 802.1v, Ponadto należy również wziąć pod uwagę fakt że standard 802.1v został w 2005 roku inkorporowany do standardu 802.1Q. Tym samym nie można stawiać twierdzenia, że w/w przełączniki nie obsługują standardu 802.1v, gdyż obsługują standard wyższy IEEE 802.1Q w skład którego wchodzi 802.1v. Na dowód tego Przystępujący przedstawił oświadczenie o zgodności w/w przełączników z 802.1Q wystawione przez HP z Czech, którego treści Odwołujący nie kwestionował.

W zakresie tego zarzutu mamy podobną sytuację jak w zarzucie pierwszym gdzie wykonawca nie oferuje urządzenia identycznego z wymaganym w siwz, ale oferuje urządzenie spełniające parametry wyższe od urządzenia spełniającego parametry minimalne, których oczekiwał Zamawiający.

W zakresie obu w/w zarzutów Izba dostrzega pewne niezgodności opisanych wymogów siwz z faktycznie oferowanymi urządzeniami przez Przystępującego, ale błędem Odwołującego jest odczytywanie tych zapisów tylko w kontekście literalnego odczytywania wymagań, pomijając jednocześnie drugą część w/w wymogu iż podane parametry są tylko wymogami minimalnymi. Tym samym dopuszczalne było zaoferowanie sprzętu spełniającego parametry wyższe, co w tym przypadku uczynił Przystępujący. W tym zakresie należy przywołać wielokrotnie podnoszone w wyrokach KIO stanowisko iż interpretacji danego postanowienia siwz należy dokonywać nie tylko stosując jego wykładnię literalną, ale należy go również odczytywać w kontekście innych postanowień siwz składających się na opis przedmiotu zamówienia. Dlatego też żądanie Odwołującego, nakazania odrzucenia oferty Przystępującego, jest niezasadne.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO wyrażoną między innymi w wyrokach KIO/UZP 939/09; 1327/09 KIO/UZP 1105/08 Izba w tym składzie potwierdza wyrażone tam stanowiska, że „zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom”. „Sprzeczność treści oferty z treścią siwz zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada

*przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów*". W przedmiotowej sytuacji takie fakty nie występują, Zamawiający uznaje w pełni prawidłowość złożonej oferty oraz to, że zaoferowany w ofercie przedmiot zamówienia odpowiada w tym zakresie wymaganiom postawionym w siwz . Z dokonanego porównania postanowień siwz z treścią oferty, nie wynika zdaniem Izby, aby była zachodziła niezgodność ich treści w stopniu uzasadniającym odrzucenie oferty. Tym samym zarzut zaniechania odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z postanowieniami siwz nie znalazł uzasadnienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust.1 ustawy poprzez nie wezwanie wykonawcy którego oferta została wybrana do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, Izba stwierdza ,ze zgodnie z tym przepisem Zamawiający, w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zasadą jest ,ze Zamawiający zawsze kiedy ma pewne wątpliwości co do treści oferty, **może** żądać wyjaśnień od wykonawców. Przepisy prawa zamówień publicznych są tak skonstruowane ,ze z uprawnieniem jednej strony, skorelowany jest obowiązek drugiej, do określonego zachowania. Dlatego też w tym przypadku uznaje się że wykonawca, którego oferta została w sposób nieprawidłowy oceniona lub odrzucona, może zarzucać Zamawiającemu brak wezwania go do wyjaśnienia treści oferty. Natomiast brak jest podstaw do przyjęcia iż z takim żądaniem do Zamawiającego może wystąpić wykonawca co do treści oferty innego wykonawcy. Nie uchybia to prawu Zamawiającego- w myśl zasady staranności, do wystąpienia z żądaniem wyjaśnień do wskazanego wykonawcy. Jednakże brak takiego wystąpienia nie może być podstawą zarzutu , gdyż zarzut- stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest **zobowiązany** na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp). Izba stoi na stanowisku ,że Interpretacja przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez Izbę nie może prowadzić do nakazywania Zamawiającemu dokonywania czynności nie przewidzianych wprost w przepisach prawa, lecz na podstawie norm utworzonych w wyniku wnioskowania.

Tym samym Izba stwierdza ,że powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Nie można zarzucić Zamawiającemu, iż naruszył art. 87 ust. 1 ustawy pzp tylko dlatego, że nie wystąpił do wykonawcy z wnioskiem o złożenie wyjaśnień na podstawie wątpliwości innego wykonawcy, gdyż te wątpliwości winny także wystąpić po stronie Zamawiającego, których jak stwierdza, w tym zakresie nie posiadał.

W zakresie zarzutu dotyczącego nie przedstawienia przez Przystępującego licencji na moduł wymiany danych z programem Patomorfologia oraz sublicencji na moduł wymiany danych po stronie tego programu, Izba na podstawie przedstawionych oświadczeń stron oraz po analizie postanowień umowy z Odwołującym z dnia 26 marca 2010 nr 005/3RM/WDR/2010 w oparciu o którą Odwołujący realizował poprzednio zamówienie dla Zamawiającego wskazanych w Załączniku 7, z których wynika że „Wykonawca ( **tut.**

**Odwołujący)** zobowiązuje się do udzielenia wszelkiej pomocy, współpracy z Zamawiającym i producentem innego systemu oraz wykonania niezbędnych prac w zakresie zintegrowania oprogramowania stanowiącego przedmiot niniejszej umowy z systemami innych producentów." Z powyższego należy stwierdzić, że Przystępujący po analizie postanowień tej umowy uznał, że licencja w tym zakresie nie jest wymagana. Ponadto Zamawiający w odpowiedzi na jedno z pytań – wyjaśnień do siwz, stwierdził, że kwestia nie dotyczy licencji, a tylko integracji systemu, a więc zgodnie z załącznikiem nr 7 do umowy Zamawiający ma prawo na wykonywanie takiej integracji bez potrzeby dodatkowych wymogów w zakresie licencji. Odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający aby niezbędne było posiadanie dodatkowych licencji na oprogramowanie lub też sublicencji, aby oba systemy – dotychczasowy i powstający w ramach niniejszego zamówienia, mogły w sposób określony przepisem art. 75 ust 2 pkt. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.06.90.631 t.j. z późn. zm.) funkcjonować. Zgodnie z treścią tego przepisu, nie wymaga się zezwolenia podmiotu uprawnionego do ochrony danego programu komputerowego, na „zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2, jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi, o ile zostaną spełnione następujące warunki: a) czynności te dokonywane są przez licencjobiorcę lub inną osobę uprawnioną do korzystania z egzemplarza programu komputerowego bądź przez inną osobę działającą na ich rzecz, b) informacje niezbędne do osiągnięcia współdziałania nie były uprzednio łatwo dostępne dla osób, o których mowa pod lit. a, c) czynności te odnoszą się do tych części oryginalnego programu komputerowego, które są niezbędne do osiągnięcia współdziałania."

Tym samym należy uznać za zasadne stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że pod warunkami wyżej wymienionymi dopuszczalne jest trwałe lub czasowe zwielokrotnienie programu komputerowego w całości lub w części, a także tłumaczenie, przystosowywanie, zmiana układu, lub jakiegokolwiek inne zmiany w programie komputerowym (art.74 ust.4pkt1i2)

Jednocześnie w tym zakresie Izba zwraca uwagę na fakt iż takie stanowisko Izby opiera się wg stanu sprawy na datę otwarcia ofert, co wcale nie uchybia prawom twórcy danego dzieła czy utworu, do domagania się ochrony i ewentualnego odszkodowania przewidzianego w w/w przepisach prawa autorskiego jak również przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2003r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.);

Izba dokonując analizy całości okoliczności wykazanych przez strony i Przystępującego stwierdza że występujące pewne nieścisłości w zakresie niezgodności treści zapisów oferty z treścią postanowień siwz wskazują na niestaranność, Zamawiającego- przy opisywaniu w szczególności zasad oceny spełniania warunków zgodności ofert z treścią siwz, a

Przystępującego- w zakresie braku wyraźnego wskazania iż w miejsce wymaganych urządzeń o parametrach minimalnych oferuje inne, ale o parametrach wyższych.

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1-2. Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert, są nimi cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia publicznego winni konkurować ze sobą w szczególności ceną, oraz na polu wskazanych innych kryteriów oceny ofert, a nie stopniem formalnej poprawności przygotowania oferty. Nierówne traktowanie wykonawców przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów, czy wyciąganie różnych następstw z takich samych okoliczności.

Żądanie przez Odwołującego aby Izba, w przypadku niewykluczeni wykonawcy lub nie odrzucenia oferty Przystępującego, nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie ponownego badania ofert, jest zdaniem Izby niezasadne. Izba podnosi fakt, że orzeczenie Izby powinno nakazywać uchylenie czynności wskazanych w zarzutach dokonanych z naruszeniem przepisów ustawy lub w przypadku nie stwierdzenia takich naruszeń Izba winna oddalać odwołanie. Celem orzeczenia winno być dokonanie takiego rozstrzygnięcia które umożliwi Zamawiającemu i wybranemu w wyniku ostatecznego wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy, jak najszybszą realizację zamówienia. W przedmiotowej sytuacji ewentualne uwzględnienie odwołania i nakazanie ponownego badania i oceny ofert, doprowadziłoby przy stwierdzonym braku podstaw do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty, do ponownego wyboru oferty tego samego wykonawcy którego oferta była tańsza o 481 513 złotych od oferty Odwołującego, a jedynym kryterium sposobu oceny i wyboru ofert, była cena

Tym samym Izba stwierdza, że nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp wymienionych w odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć **istotny** wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie.

Tylko „istotność wpływu” naruszenia przepisów ustawy pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia, daje Izbie możliwość uwzględnienia odwołania, to oznacza iż ustawodawca, dopuszcza wystąpienie stosunkowo niewielkich odchyień od uregulowań danego przepisu. Istotność wpływu należy rozumieć jako doniosłość, ważność, dokonanych naruszeń, który stanowi pewien dopuszczalny próg czy też granicę, po przekroczeniu której zachowania stron postępowania o zamówienie publiczne, nie dadzą się pogodzić z przepisami prawa oraz zasadami prawa zamówień publicznych. Kwestię istotności wpływu naruszeń prawa na

postępowanie o zamówienie Izba ocenia w każdym przypadku indywidualnie, odnosząc ją do wpływu danego naruszenia, na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz. U. Nr 41 poz. 238.

**Przewodniczący .....**