

**WYROK**  
**z dnia 16 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2014 r. przez Odwołującego – Esaprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (41-506), przy ul. Długiej 1-3, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – SP ZOZ Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej – Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego i Zamkniętego im. Duńskiego Czerwonego Krzyża w Makowie Mazowieckim, ul. Witosa 2, 06-200 Maków Mazowiecki,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego – Esaprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (41-506), przy ul. Długiej 1-3 do uzupełnienia próbki oferowanego oprogramowania dokonanej pismem z dnia 23 września 2014 r.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – SP ZOZ Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej – Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego i Zamkniętego im. Duńskiego Czerwonego Krzyża w Makowie Mazowieckim, ul. Witosa 2, 06-200 Maków Mazowiecki, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Esaprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (41-506), przy ul. Długiej 1-3 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego – SP ZOZ Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej – Zespołu Zakładów Lecznictwa Otwartego i Zamkniętego im. Duńskiego Czerwonego Krzyża w Makowie Mazowieckim, ul. Witosa 2,

06-200 Maków Mazowiecki na rzecz Odwołującego – Esaprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (41-506), przy ul. Długiej 1-3 kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 Ostrołęce.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – SP ZOZ Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej – Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego i Zamkniętego im. Duńskiego Czerwonego Krzyża w Makowie Mazowieckim, ul. Witosa 2, 06-200 Maków Mazowiecki, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Kompleksowa Informatyzacja SPZOZ – ZZLOiZ w Makowie Mazowieckim” (znak sprawy: 15/2014), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2014 r., pod nr 2014/S 106-186104.

W dniu 23 września 2014 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Esaprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (41-506), przy ul. Długiej 1-3 (dalej: „Odwołujący”) do uzupełnienia złożonej wraz z ofertą próbki, co zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 2 października 2014 r., w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz § 6 ust. 1 pkt 1 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), zwanego dalej „Rozporządzeniem”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności.

Na uzasadnienie zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że w ramach procedury oceny ofert Zamawiający przewidział w SIWZ „próbkę”, jako rodzaj dokumentu, jaki należy złożyć wraz z ofertą.

Składające się na treść oferty dokumenty wymieniono w Rozdziale 5.1 SIWZ, tj. w wykazie oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania spełniania postawionych warunków/wymagań. W ramach tego rozdziału, w tabeli 5, pod poz.14 Zamawiający zamieścił następujące zapisy:

„[...]Próbka oferowanego ZSI, umożliwiająca jego prezentację na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego, w zakresie weryfikacji oferowanych funkcjonalności w odniesieniu do wymagań ogólnych zawartych w pkt 2.1 załącznika nr 1 do SIWZ oraz wymagań technicznych, za spełnienie których zostaną przyznane

punkty w ramach kryterium oceny ofert „Wymagania techniczne”, opisanych w poz. 1-6 tabeli w pkt 7 ppkt III SIWZ.

Próbka powinna zawierać oprogramowanie aplikacyjne (w zakresie HIS – oprócz LIS, RIS, PACS oraz ERP), zainstalowane na sprzęcie Wykonawcy (np. przenośnym komputerze) jako w pełni działającego i skonfigurowanego, przez co umożliwiające weryfikację oferowanych funkcjonalności.

Wykonawca, z pomocą próbki lub nośnika, będzie zobowiązany zainstalować oprogramowanie aplikacyjne dla użytkownika, na komputerze dostarczonym przez Zamawiającego o konfiguracji i parametrach jednakowych dla wszystkich wykonawców biorących udział w prezentacji. Parametry komputera dostarczonego przez Zamawiającego będą odpowiadały parametrom stacji roboczych opisanych w pkt 4 załącznika nr 4 do SIWZ. Po zakończeniu własnej prezentacji każdy wykonawca usunie zainstalowaną aplikację z tego komputera.

Zamawiający wymaga, aby próbka została złożona wraz z ofertą.

Próbka jest rozumiana jako dokument zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z art. 97 ust. 2, zwróci próbki Wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek. Próbkę Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, Zamawiający, zgodnie z art. 97 ust 1, przechowuje jako załącznik do protokołu przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność.[...].”

Odwołujący wyjaśnił, że celem żądania próbki była weryfikacja faktycznie oferowanych funkcjonalności ZSI według wcześniej określonego scenariusza, na co wskazuje pkt 6 na str. 33 SIWZ, zgodnie z którym: „[...]Zamawiający zastrzega sobie możliwość zaproszenia Wykonawcy by dokonał prezentacji/demonstracji oferowanego oprogramowania aplikacyjnego, w pełni skonfigurowanego i zainstalowanego na swoim sprzęcie TT, w celu weryfikacji faktycznie oferowanej funkcjonalności ZSI według wcześniej określonego scenariusza. Czas na uruchomienie zdeponowanej próbki wraz z rozpoczęciem prezentacji to max. 20 min. O możliwości prezentacji systemu Wykonawca zostanie powiadomiony przez Zamawiającego z zachowaniem odpowiednich terminów wymaganych w PZP. Scenariusz prezentacji systemu Wykonawca otrzyma od Zamawiającego razem z powiadomieniem o możliwości jej przeprowadzenia.[...].” Wspomniany scenariusz został zamieszczony na stronie internetowej zamawiającego w wyniku realizacji wyroku Izby, wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1211/14, KIO 1221/14 i KIO 1222/14. Określa on

30 zadań, w zakresie których weryfikowana będzie próbka i tylko w takim zakresie – zdaniem Odwołującego – Zamawiający może prowadzić weryfikację załączonej próbki, o czym świadczy przytoczony przez Odwołującego fragment uzasadnienia wzmiankowanego orzeczenia.

Odwołujący, w dniu 12 września 2014 r., złożył ofertę, do której – zgodnie z wymogami SIWZ – załączył płytę CD zawierającą całość oferowanego oprogramowania aplikacyjnego w zakresie HIS (oprócz LIS, RIS, PACS oraz ERP).

Zamawiający – pismem z dnia 23 września 2014r. – wezwał Odwołującego do uzupełnienia próbki. Przedmiotowe wezwanie Odwołujący określił mianem wysoce niejasnego, na dowód czego przytoczył kluczowe, w jego ocenie, fragmenty żądania Zamawiającego. Z wezwaniem tego Odwołujący wyprowadził następujące wnioski:

1. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wywiązał się z zobowiązania do złożenia w ofercie próbki,
2. Odwołujący ma dokonać uzupełnienia w ten sposób, by uzupełnić „urządzenie” z zainstalowanym na nim oprogramowaniem.
3. w razie nieuzupełnienia próbki w określony powyżej sposób ustalono rygor odrzucenia oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że opisana powyżej czynność pozbawiona jest podstaw faktycznych i prawnych z następujących przyczyn.

Nieuprawnione było wzywanie do uzupełnienia próbki rozumianej, zgodnie z SIWZ, jako oprogramowanie aplikacyjne mające podlegać weryfikacji pod kątem tego, czy zawiera ono wszystkie wymagane funkcjonalności. Odwołujący takie oprogramowanie złożył w ofercie na płycie CD, która nie była w SIWZ zakazana. Zwrócił uwagę, że informacja o komputerze przenośnym była przykładowa. Podkreślił, że zaoferowane oprogramowanie jest w pełni skonfigurowane i umożliwia jego weryfikację zgodnie z SIWZ. Zaznaczył, że jego sprawdzenie miało odbyć się na sprzęcie Zamawiającego, nie zaś wykonawców, wobec czego złożona płyta CD zawierająca to oprogramowanie, umożliwia przeprowadzenie przewidzianej postanowieniami SIWZ weryfikacji.

Odwołujący oświadczył, że właściwie nie bardzo rozumie dlaczego łatwiejsze (czy wyłącznie zgodne z SIWZ) miałyby być instalowanie oprogramowania aplikacyjnego z „przenośnego komputera” wykonawcy na komputer docelowy przeznaczony do weryfikacji oprogramowania, czyli na komputer Zamawiającego. Kwestia nośnika załączonego do oferty, czy samej instalacji próbki to czynność techniczna, którą złożona w ofercie Odwołującego płyta CD zapewnia i umożliwia Zamawiającemu przeprowadzenia weryfikacji funkcjonalności. Odwołujący zaznaczył, że rozumie ideę Zamawiającego, aby wszyscy wykonawcy prezentowali swój system według jednolitego scenariusza i na sprzęcie, który dla wszystkich uczestników

Postępowania jest taki sam (sprzęt Zamawiającego). Taki zamysł realizuje w pełni postulat zachowania obiektywności w stosunku do wszystkich wykonawców. Złożenie próbki na płycie CD spełnia wymagania SIWZ i pozwala jednocześnie zrealizować intencje Zamawiającego. Oświadczył ponadto, że nie zachodzi sprzeczność w złożeniu w ofercie oprogramowania aplikacyjnego na płycie CD z „treścią” SIWZ – wymagania w tym zakresie nie mają bowiem, w jego ocenie, charakteru treści SIWZ, lecz charakter techniczno-organizacyjny (na podobieństwo wymagań dotyczących bindowania stron, numeracji itd.). Podobnie sam nośnik, czy jego rodzaj na jakim składa się w ofercie oferowane oprogramowanie (np. płyta CD, czy pendrive) nie jest też „treścią” oferty. Odwołujący wyjaśnił, że złożył próbkę zainstalowaną na płycie CD po analizie wszystkich zapisów SIWZ, które same w sobie były niejasne i sprzeczne. W SIWZ pisano o próbce jako o:

1. oprogramowaniu („Próbka oferowanego ZSI”),
2. próbce rozumianej jako sprzęt/nośnik z zainstalowanym oprogramowaniem („Próbka powinna zawierać oprogramowanie aplikacyjne (w zakresie HIS – oprócz LIS, RIS, PACS oraz ERP), zainstalowane na sprzęcie Wykonawcy (np. przenośnym komputerze”),

a ponadto wskazywano na instalację „próbki lub nośnika” pojęcia te wprost rozróżniając. Wobec tego Odwołujący składając oferowane oprogramowanie na płycie CD kierował się dwoma kryteriami: (1) złożenia w ofercie oprogramowania które zawiera deklarowane funkcjonalności i umożliwia weryfikację oczekiwanych przez Zamawiającego funkcjonalności oraz (2) złożenia oprogramowania na takim nośniku/sprzęcie, który pozwoli na jego łatwą instalację. Z uwagi na to Odwołujący stwierdził, że nie rozumie powodu wezwania, ponieważ sam nośnik nie ma znaczenia z punktu widzenia zgodności próbki i oferty z Pzp i SIWZ. W zakresie istoty próbki Zamawiający wzywa Odwołującego do złożenia oferowanego oprogramowania pomimo tego, iż znajduje się ono w ofercie i jest w dyspozycji Zamawiającego, co narusza art. 26 ust. 3 Pzp. Jeżeli natomiast Zamawiający wzywa do uzupełnienia próbki (oprogramowania) dlatego, że kwestionuje prawidłowość samego sprzętu/nośnika, to jest to działanie chybione, ponieważ sprzęt (nośnik) jest elementem pozamerytorycznym i nie można go zakwalifikować ani jako dokument z Rozporządzenia określonego w art. 25 Ustawy, ani jako treść oferty.

W dalszej części odwołania Odwołujący podał, że zaskarżone wezwanie prowadzi do istotnych dla niego ryzyk i jest niekorzystne, czego Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, bowiem – po pierwsze – Odwołujący byłby zmuszony do złożenia oferowanego oprogramowania (np. na USB/nośniku typu pendrive) już po składaniu ofert, co mogłoby powodować ze strony konkurencji uzasadnione zarzuty, iż miał on np. więcej czasu na opracowanie próbki, po drugie zaś – w razie przyjęcia, iż próbka stanowi dokument na

potwierdzenie spełniania wymagań przedmiotowych (a tak ją rozumie w świetle SIWZ Odwołujący) – Odwołujący, w razie jej uzupełnienia, traciłby prawo do uzupełnienia w ramach już samej weryfikacji próbki i prezentacji, czym byłby postawiony w gorszej sytuacji niż jego konkurenci, zachowujący prawo do jednokrotnego uzupełnienia „próbki” – czyli poprawy oprogramowania.

Odwołujący podkreślił, że w treści wezwania Zamawiający przewidział rygor w postaci odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co jest niezgodne z Pzp, jako że nośnik czy sprzęt, na którym złożono w ofercie oferowane oprogramowanie nie stanowi treści oferty, czy SWIZ, a nadto sam Zamawiający zastosował wobec nośnika („urządzenia”) tryb wezwania do uzupełnienia, w konsekwencji czego nie może stosować sankcji w postaci odrzucenia oferty, właściwej tylko dla przypadku, w którym „próbka” stanowi treść oferty. Tak jednak w niniejszym postępowaniu nie jest, co Zamawiający wyraził wprost w SIWZ, odsyłając przy charakterystyce próbki do przepisów Rozporządzenia.

Odwołujący zaznaczył, że w sytuacji, gdy prezentacja w oparciu o ustalony scenariusz (która to prezentacja na sprzęcie Zamawiającego jest jedyną możliwością weryfikacji przez niego próbki) odbywa się dopiero po zainstalowaniu oprogramowania na sprzęcie Zamawiającego, nie jest zrozumiałe i logiczne po co w ogóle Zamawiającemu urządzenie takie jak np. komputer przenośny, skoro i tak prezentacja będzie odbywać się na jego sprzęcie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie, względnie o jego oddalenie w oparciu o niżej przytoczoną argumentację.

Na uzasadnienie pierwszego z wniosków odwołania podał, że zgodnie z treścią przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Wyjaśnił, że Odwołujący wniósł odwołanie od czynności wezwania go do uzupełnienia w zakresie próbki, a z jego uzasadnienia wynika, że nie kwestionuje w istocie trybu wezwania, tj. zastosowania w tej konkretnej sprawie art. 26 ust. 3 Pzp, lecz wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu dostarczenia próbki zawierającej oprogramowanie zainstalowane na sprzęcie wykonawcy (np. komputerze przenośnym), jako w pełni działające i skonfigurowane, przez co umożliwiające weryfikację oferowanych funkcjonalności.

Wobec powyższego Zamawiający zwrócił uwagę, że we wcześniejszym odwołaniu rozstrzygniętym wyrokiem Izby z dnia 4 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1211/14, KIO 1221/14 i KIO 1222/14 Odwołujący postawił identyczny zarzut, o czym świadczy argumentacja zawarta na str. 34 i 35 jego uzasadnienia, dotycząca ówczesnego zarzutu 11.

Zamawiający podkreślił, że żądanie usunięcia wymogu dotyczącego takiej postaci próbki nie zostało przez Izbę uwzględnione, co zostało uzasadnione wywodem na str. 29 uzasadnienia ww. orzeczenia. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że Odwołujący wskazuje obecnie te same okoliczności jako zarzut, podczas gdy został on już rozpatrzony i rozstrzygnięty wspomnianym wyrokiem. Podkreślił, że twierdzenia Odwołującego są oparte o brzmienie SIWZ obowiązującej w kwestionowanym zakresie od dnia 30 czerwca 2014 r., a zatem w brzmieniu obowiązującym w dacie rozpoznawania i orzekania w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem Izby z dnia 4 lipca 2014 r.

Na poparcie wniosku o oddalenie odwołania Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z § 6 ust. 1 pkt Rozporządzenia może żądać od wykonawców w szczególności próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego. Podkreślił, że możliwość żądania przez Zamawiającego od Odwołującego próbki składającej się z płyty CD z oprogramowaniem systemowym zainstalowanym na jego sprzęcie wynika wprost z uzasadnienia wyroku Izby z dnia 4 lipca 2014 r.

Zamawiający wskazał, że art. 26 ust. 3 Pzp obejmuje swoją dyspozycją nie tylko złożenie brakujących dokumentów, ale także uzupełnienia dokumentów już złożonych, która to sytuacja zachodzi w niniejszej sprawie, gdzie Odwołujący nie złożył całego dokumentu, będącego próbką. Dodał, że okoliczność ta wydaje się nie być kwestionowana, skoro inne założenie prowadziłoby do odrzucenia oferty Odwołującego bez dodatkowego wzywania go do uzupełnienia dokumentu próbki w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W odwołaniu kwestionowana jest jedynie celowość i zasadność żądania przez Zamawiającego złożenia próbki zawierającej oprogramowanie aplikacyjne w zakresie HIS zainstalowane na sprzęcie wykonawcy. Przy czym zgodnie z SIWZ ma to nastąpić m.in. w celu weryfikacji oferowanych funkcjonalności w odniesieniu do wymagań ogólnych. Nie składając próbki w żądany sposób Odwołujący uniemożliwia Zamawiającemu sprawdzenie jej i ustalenie spełnienia przez oferowane oprogramowanie wymagań przedmiotowych udziału w Postępowaniu.

Zamawiający podkreślił, że sposób sprecyzowania żądania w zakresie próbki w piśmie z dnia 23 września 2014 r. należy uznać za wystarczający, skoro Odwołujący doskonale zrozumiał jakie żądanie zostało do niego skierowane. Zamawiający zasygnalizował przy tym, że Odwołujący jest jedynym podmiotem kwestionującym oczywisty wymóg zawarty w SIWZ, którego celowość została potwierdzona wspomnianym wyrokiem Izby.

Zamawiający stwierdził ponadto, że przeciwstawianie przez Odwołującego treści zdania drugiego i trzeciego pkt 14 tabeli 5 SIWZ nie znajduje uzasadnienia merytorycznego.



Każde z nich odnosi się bowiem do innych okoliczności i do innych przesłanek sprawdzenia funkcjonalności. Pierwsze dotyczy oceny i potwierdzenia spełnienia wymagań przedmiotowych przez wykonawcę, drugie natomiast odnosi się do weryfikacji funkcjonalności przez użytkownika na komputerze dostarczonym przez Zamawiającego. Oba te elementy dają dopiero pełen obraz spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Na rozprawie strony podtrzymały argumentację zawartą w złożonych uprzednio pismach procesowych.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, 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, 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.

Izba uznała za bezpodstawny wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp. Z treści odwołania rozpoznanego pod sygn. akt KIO 1222/14 (zarzut 11) wynika, że Odwołujący kwestionował uprzednio postanowienia SIWZ dotyczące próbki (sprzed ich modyfikacji dokonanej w dniu 30 czerwca 2014 r.), jako że – w jego ocenie – bezzasadnie wymuszały na wykonawcach powierzenie Zamawiającemu należącego do nich mienia znacznej wartości, a nadto podawał w wątpliwość intencje Zamawiającego dotyczące sposobu weryfikacji próbki wykonawcy, polegającego na dokonaniu prezentacji na dostarczonym wraz z oprogramowaniem sprzęcie. Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczy natomiast kwestii, czy wobec zmodyfikowanych przez Zamawiającego postanowień SIWZ jedynym sposobem na spełnienie wymagań w zakresie próbki jest jej dostarczenie w formie oprogramowania zainstalowanego na sprzęcie wykonawcy oraz niejasności wezwania do uzupełnienia próbki. Z porównania tych okoliczności należy wyprowadzić wniosek, że są one częściowo (w zakresie próbki) i tylko do pewnego stopnia zbliżone, nie zaś tożsame, czego wymaga powołana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia odwołania.

W zakresie relewantnym dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania Izba ustaliła, że poz. 14 tabeli nr 5 („Oświadczenia i dokumenty, które należy załączyć do oferty”) w pkt 5 SIWZ („Warunki udziału w postępowaniu”) brzmiała pierwotnie w następujący sposób:

„[...]Próbka oferowanego ZSI, umożliwiająca weryfikację oferowanych funkcjonalności, w szczególności w zakresie podlegającym ocenie punktowej w ramach kryterium oceny ofert, w postaci oprogramowania aplikacyjnego (w zakresie HIS – oprócz LIS, RIS, PACS oraz ERP), zainstalowanego na sprzęcie Wykonawcy (np. przenośnym komputerze) jako w pełni działającego i skonfigurowanego umożliwiającego weryfikację oferowanej funkcjonalności. Zamawiający wymaga, aby próbka została złożona wraz z ofertą. Próbka jest rozumiana jako dokument zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z art. 97 ust. 2, zwróci próbki Wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek. Próbkę Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, Zamawiający, zgodnie z art. 97 ust. 1, przechowuje jako załącznik do protokołu przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność.[...]”.

W wyniku wniesienia przez Odwołującego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1222/14, mającego za przedmiot m.in. cytowane powyżej postanowienie SIWZ, Zamawiający – w dniu 30 czerwca 2014 r. – zastąpił je następującym:

„[...]Próbka oferowanego ZSI, umożliwiająca jego prezentację na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego, w zakresie weryfikacji oferowanych funkcjonalności w odniesieniu do wymagań ogólnych zawartych w pkt 2.1 załącznika nr 1 do SIWZ oraz wymagań technicznych, za spełnienie których zostaną przyznane punkty w ramach kryterium oceny ofert „Wymagania techniczne”, opisanych w poz. 1-6 tabeli w pkt 7 ppkt III SIWZ. Próbka powinna zawierać oprogramowanie aplikacyjne (w zakresie HIS – oprócz LIS, RIS, PACS oraz ERP), zainstalowane na sprzęcie Wykonawcy (np. przenośnym komputerze) jako w pełni działającego i skonfigurowanego, przez co umożliwiającego weryfikację oferowanych funkcjonalności.

Wykonawca, z pomocą próbki lub nośnika, będzie zobowiązany zainstalować oprogramowanie aplikacyjne dla użytkownika, na komputerze dostarczonym przez Zamawiającego o konfiguracji i parametrach jednakowych dla wszystkich wykonawców biorących udział w prezentacji. Parametry komputera dostarczonego przez Zamawiającego będą odpowiadały parametrom stacji roboczych opisanych w pkt 4 załącznika nr 4 do SIWZ. Po zakończeniu własnej prezentacji każdy wykonawca usunie zainstalowaną aplikację z tego komputera.

Zamawiający wymaga, aby próbka została złożona wraz z ofertą. Próbka jest rozumiana jako dokument zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z art. 97 ust. 2, zwróci próbki Wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek. Próbkę Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, Zamawiający, zgodnie z art. 97 ust. 1, przechowuje jako załącznik do protokołu przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność.[...].”

Następnie, w wykonaniu wyroku Izby z dnia 4 lipca 2014 r., wydanego w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 1211/14, KIO 1221/14 i KIO 1222/14, Zamawiający uzupełnił poz. 14 tabeli nr 5 w pkt 5 SIWZ poprzez zamieszczenie zasad dotyczących scenariusza prezentacji. Szczegółowy zakres funkcjonalności systemu, które miały zostać zweryfikowane w toku prezentacji ustalony został ostatecznie w wyniku wniesienia przez Odwołującego, w dniach 4 i 13 sierpnia 2014 r., kolejnych środków ochrony prawnej, których zarzuty były przez Zamawiającego każdorazowo uwzględniane w całości. Zamawiający ostatecznie, pismem z dnia 19 sierpnia 2014 r., sformułował 28 zadań do wymaganej postanowieniami SIWZ prezentacji próbki oferowanego oprogramowania.

Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, że – zgodnie z pkt 5, ppkt 6 SIWZ [...]Zamawiający zastrzega sobie możliwość zaproszenia Wykonawcy by dokonał prezentacji/demonstracji oferowanego oprogramowania aplikacyjnego, w pełni skonfigurowanego i zainstalowanego na swoim sprzęcie IT, w celu weryfikacji faktycznie oferowanej funkcjonalności ZSI według wcześniej określonego scenariusza. Czas na uruchomienie zdeponowanej próbki wraz z rozpoczęciem prezentacji to max. 20 min. O możliwości prezentacji systemu Wykonawca zostanie powiadomiony przez Zamawiającego z zachowaniem odpowiednich terminów wymaganych w PZP. Scenariusz prezentacji systemu Wykonawca otrzyma od Zamawiającego razem z powiadomieniem o możliwości jej przeprowadzenia.

1. Jeżeli w trakcie prezentacji dojdzie do stwierdzenia jakiegokolwiek niezgodności prezentowanego systemu z deklaracją Wykonawcy zawartą w ofercie co do jego parametrów funkcjonalnych lub gdy Wykonawca nie wykonana w całości prezentacji, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 Ustawy w związku z art. 14 Ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Jeżeli Wykonawca nie stawi się w celu dokonania prezentacji w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie i czasie, zostanie wykluczony z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.[...].

Z kolei, zgodnie z pkt 7 SIWZ („Opis kryteriów i sposobu obliczania ceny”), w Postępowaniu przewidziane zostały dwa kryteria oceny ofert: cena – z wagą 80% i wymagania techniczne – z wagą 20%. W pkt III („Zasady oceny kryterium wymagania techniczne”) pkt 7 SIWZ („Opis kryteriów i sposobu obliczania ceny”) Zamawiający wskazał, że „[...]Do obliczenia ilości punktów w tym kryterium będą brane pod uwagę parametry podane przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym w tabeli (wg załącznika nr 6 do SIWZ) oraz zweryfikowane na podstawie dostarczonej próbki.[...]”.

Mając za podstawę przytoczony powyżej stan faktyczny odwołanie należało uwzględnić z przyczyn, o których mowa poniżej.

Odnosząc się na wstępie do powoływanego przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 4 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1211/14, KIO 1221/14 i KIO 1222/14), na którego to uzasadnieniu Zamawiający oparł przeświadczenie o wyłącznie zgodnym z postanowieniami SIWZ kształcie próbki, rozumianej jako oprogramowanie zainstalowane na sprzęcie wykonawców Izba wskazuje, że zapatrywanie takie stanowi w istocie nadinterpretację powołanego orzeczenia. Z fragmentu zawartego na str. 29 uzasadnienia omawianego wyroku nie wynika bowiem w żaden sposób, aby oczekiwana przez Zamawiającego próbka miała przybrać taką właśnie postać. Na wniosek taki nie pozwalają użyte tam stwierdzenia, że „[...]W ocenie Izby, zamawiający ma prawo żądać, aby wykonawca zaprezentował funkcjonalności systemu na swoim sprzęcie (podkreślenie Izby).[...]” oraz „[...]Zamawiający ma prawo zbadać działanie próbki systemu w warunkach, za które odpowiadają wykonawcy (podkreślenie Izby).[...]”. Należy je, zdaniem składu orzekającego, odnosić *stricte* do oferowanego oprogramowania, nie zaś do środowiska sprzętowego, w jakim będzie ono funkcjonowało, tym bardziej że – zgodnie ze wspomnianą poz. 14 tabeli nr 5 w pkt 5 SIWZ – pojęcie próbki odniesiono wprost do „oferowanego ZSI”, czyli zintegrowanego systemu informatycznego.

Zamawiający zdefiniował pojęcie ZSI, stanowiące synonim „oprogramowania aplikacyjnego”, w pkt 2 SIWZ („Postanowienia ogólne”), jako „[...]Zbiór współdziałających i współpracujących ze sobą Aplikacji konfiguracji określonych w SIWZ, wykonujących swoje procedury we wzajemnej interakcji, będący utworem o właściwościach w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. „o prawie autorskim i prawach pokrewnych” [t.j. Dz. U. 2006 nr 90 poz. 631 ze zm.], do którego prawa autorskie i majątkowe przysługują autorowi lub/i Wykonawcy.[...]”. Pojęcie to zawiera się w definicji

systemu informatycznego, który – zgodnie z definicją legalną zawartą w pkt 2 SIWZ – stanowi „[...]Zintegrowane oprogramowanie aplikacyjne o właściwościach i konfiguracji określonych w SIWZ do zarządzania Szpitalem w zakresie działalności statutowej Zamawiającego, do którego Wykonawcy przysługują autorskie prawa majątkowe lub prawo do odpłatnego oferowania Zamawiającemu nadane przez producenta.[...]”. Z postanowień tych wynika zatem, że próbką oferowanego ZSI mogło być wyłącznie oprogramowanie, nie zaś oprogramowanie i nośnik, jak to wynikało z twierdzeń Zamawiającego.

Dodatkowych argumentów na poparcie powyższej tezy dostarcza również dalsza część treści akapitu 1 poz. 14 tabeli nr 5 w pkt 5 SIWZ. Wskazano w nim bowiem, że próbka ma umożliwić prezentację mającą na celu weryfikację oferowanych funkcjonalności w odniesieniu do wymagań ogólnych zawartych w pkt 2.1 załącznika nr 1 do SIWZ oraz wymagań technicznych. Należy zauważyć, że w załączniku nr 1 do SIWZ – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla zadania 1 (wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego szpitala w części medycznej oraz w części zarządczej)” opisane zostały oczekiwania dotyczące oprogramowania, nie zaś sprzętu komputerowego, co do którego wymagania techniczne uszczegółowione zostały w treści załącznika nr 4 do SIWZ pn.: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla zadania 4 (infrastruktura przetwarzania danych)”. Co więcej, wspomniany pkt 2.1 załącznika nr 1 do SIWZ nosi nazwę „Wymagania do medycznego oprogramowania aplikacyjnego HIS” i dotyczy wyłącznie zgodności oferowanego oprogramowania z aktualnymi aktami prawnymi regulującymi organizację i działalność sektora usług medycznych i opieki zdrowotnej w kraju. Z kolei wspomniane w akapicie 1 poz. 14 tabeli nr 5 w pkt 5 SIWZ wymagania techniczne zawarte zostały w tabeli zamieszczonej w postanowieniach pkt 7 SIWZ i odnoszą się również – zdaniem Izby – wyłącznie do oprogramowania, nie zaś do sprzętu, na którym miałyby ono zostać dostarczone.

Finalnie, przedstawione zapatrywanie uzasadniają również opisane przez Zamawiającego zadania do prezentacji próbki oferowanego ZSI, które odnoszą się do określonych funkcjonalności oprogramowania, a nie dotyczą parametrów urządzeń, na których ma ono działać.

Reasumując, Zamawiający błędnie, w ocenie składu orzekającego, wyczytał z orzeczenia Izby z dnia 4 lipca 2014 r., jakoby przesądzało ono o jednym dopuszczalnym postanowieniami SIWZ kształcie próbki. Skoro bowiem proces jej weryfikacji w oparciu o sprecyzowane w SIWZ kryteria odnosić należy – zgodnie z omówionymi powyżej postanowieniami SIWZ – li tylko do oprogramowania wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia, to sprzęt, na którym należało je Zamawiającemu dostarczyć (przykładowo w postaci komputera przenośnego) należało *ad casum* sprowadzić do roli

nośnika (choć nie w znaczeniu nadanym temu pojęciu postanowieniami SIWZ), a zatem aspektu oferty mającego formalne, a nie merytoryczne znaczenie. Izba podkreśla, że nadanie próbce kształtu pożądanego przez Zamawiającego, tj. postaci oprogramowania zainstalowanego na sprzęcie komputerowym wykonawcy, byłoby możliwe, o ile – po pierwsze – wskazywałyby na to konsekwentnie wszystkie postanowienia SIWZ odnoszące się do problematyki próbki w Postępowaniu, a po drugie – sprawdzeniu podlegałyby również zgodność parametrów urządzenia, na którym dostarczone zostało oprogramowanie z zawartymi w SIWZ specyfikacjami technicznymi sprzętu komputerowego oraz poprawność działania oferowanego oprogramowania na takim sprzęcie. Postanowienia SIWZ, w ostatecznym kształcie nadanym im przez Zamawiającego, nie odnoszą się do tych kwestii, wobec czego należało przyjąć, że próbką stanowiącą przedmiot prezentacji jest wyłącznie oprogramowanie. To z kolei determinuje wniosek, że spór, jaki toczyły między sobą strony postępowania odwoławczego, koncentrował się wokół wymagania formalnego dotyczącego próbki, któremu uchybienie nie mogło stanowić skutecznej podstawy do odrzucenia oferty.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający z własnej inicjatywy, jeszcze przed wydaniem orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 1211/14, KIO 1221/14 i KIO 1222/14 dokonał istotnej modyfikacji postanowienia poz. 14 tabeli nr 5 w pkt 5 SIWZ, która – w ocenie składu orzekającego – jest nie tylko częściowo wewnętrznie sprzeczna, ale również niezgodna z pozostałymi, nie zmienionymi, postanowieniami SIWZ.

Należy zwrócić uwagę na okoliczność, że z akapitu 2 wzmiankowanego fragmentu SIWZ wynika, jakoby próbka zawierać miała oprogramowanie zainstalowane na sprzęcie wykonawcy (z czego Zamawiający błędnie, w ocenie Izby, wywodził zdefiniowanie próbki, jako pewnej całości obejmującej oprogramowanie i sprzęt), ale już w kolejnym akapicie dopuszczona została *explicite* możliwość dostarczenia „próbki lub nośnika”. Nośnikiem, zgodnie z pkt 2 SIWZ („Postanowienia ogólne”), jest fizyczny środek (materiał lub urządzenie) przechowujący lub przeznaczony do przechowywania w nim danych (ciągów symboli): CD, DVD, FDD, HDD, SDD, pendrive. Skoro zatem próbka miała koniecznie obejmować także urządzenie (np. w postaci komputera przenośnego), to nie jest wiadome i Zamawiający nie potrafił okoliczności tej logicznie uzasadnić, dlaczego dopuszczono możliwość dostarczenia oprogramowania (czyli *de facto* jedynie fragmentu próbki w rozumieniu Zamawiającego) na nośniku, który – zgodnie z jego definicją – może, ale nie musi być urządzeniem. Jeżeli natomiast Zamawiający chciał ograniczyć możliwość dostarczania oprogramowania na nośnikach tylko do takich, które są urządzeniami, to powinien albo zastrzeżenie takie wprowadzić do treści komentowanego

postanowienia SIWZ, albo redefiniować pojęcie „nośnika”, wyłączając z jego zakresu środki fizyczne w postaci materiałów.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że w dalszej części akapitu 3 omawianego postanowienia SIWZ Zamawiający wskazał, że próbka lub nośnik mają posłużyć do zainstalowania oprogramowania aplikacyjnego na komputerze dostarczonym przez Zamawiającego, o jednakowej konfiguracji dla wszystkich wykonawców biorących udział w prezentacji, po zakończeniu której każdy z nich zobowiązany będzie do usunięcia zainstalowanej aplikacji z tego komputera. Abstrahując od popełnienia przez Zamawiającego w tym postanowieniu SIWZ błędu logicznego wynikającego z przyjętej przez siebie definicji próbki (nie jest bowiem możliwe zainstalowanie próbki będącej urządzeniem z zainstalowanym oprogramowaniem na komputerze, chyba że urządzeniem takim jest nośnik, jednak w takim wypadku – po pierwsze – powoływanie przykładu komputera przenośnego nie miałyby sensu, po drugie zaś – należało to doprecyzować, bądź zmienić znaczenie nadane pojęciu „nośnik”, co omówiono powyżej), to Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający wprost przewidział wymóg wykonania prezentacji na swoim komputerze, którego parametry dodatkowo dookreślił przez odesłanie do załącznika nr 4 do SIWZ.

Dodatkowo Izba stwierdziła, że wprowadzone przez Zamawiającego modyfikacje SIWZ w zakresie poz. 14 tabeli 5 w pkt 5 SIWZ stoją w sprzeczności z ppkt 6 pkt 5 SIWZ, który przewiduje prezentację oferowanego oprogramowania aplikacyjnego, w pełni skonfigurowanego i zainstalowanego na sprzęcie IT wykonawcy.

Na obronę tak skonstruowanych postanowień SIWZ Zamawiający – poza podpieraniem swojego stanowiska orzeczeniem KIO z dnia 4 lipca 2014 r. – stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że przeciwstawianie treści akapitu 2 i 3 poz. 14 tabeli nr 5 w pkt 5 SIWZ nie znajduje uzasadnienia, bowiem każdy z nich odnosi się do „[...]innych okoliczności i funkcjonalności i do innych przesłanek sprawdzenia funkcjonalności[...]” oraz konieczne jest ich łączne rozpatrywanie w celu ustalenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu o charakterze przedmiotowym (odpowiedź na odwołanie, str. 7). Na rozprawie wyjaśnił z kolei, że takie ukształtowanie postanowień SIWZ umożliwia mu weryfikację oprogramowania w dwóch środowiskach, przez co rozumie sprawdzenie jego działania na sprzęcie Zamawiającego lub wykonawcy, jeżeli do któregośkolwiek z nich będą jakieś wątpliwości.

Powyższe intencje Zamawiającego nie wynikają jednak w żaden sposób z postanowień SIWZ. Ich lektura prowadzi do wniosku, że przewidział on wyłącznie jedną prezentację (SIWZ konsekwentnie operuje w stosunku do niej liczbą pojedynczą), co do której należało przyjąć, że – po pierwsze – miała mieć za przedmiot oprogramowanie, a po

drugie – przeprowadzona miała zostać na sprzęcie dostarczonym przez Zamawiającego. Tylko w odniesieniu do takiej prezentacji Zamawiający określił, w poz. 14 tabeli nr 5 pkt 5 SIWZ, scenariusz jej przebiegu oraz wskazał na możliwe do wykonania w jej toku zadania. Miały one na celu, jak wspomniano, zweryfikowanie oczekiwanych przez Zamawiającego funkcjonalności oprogramowania, nie zaś zgodności sprzętu, na którym zostało ono dostarczone z wymogami opisanymi w załączniku nr 4 do SIWZ. Nawet gdyby twierdzić, za odpowiedź na odwołanie, że weryfikacja próbki miałaby przebiegać w dwóch aspektach, czy też w dwóch środowiskach, jak na to wskazywał Zamawiający na rozprawie, nie zmienia to okoliczności, że postanowienia SIWZ nie prowadzą w sposób jednoznaczny do takich wniosków.

Reasumując, z uwagi na omówione powyżej wątpliwości dotyczące kształtu i celu przedłożenia próbki Izba uznała, że nie mogły one stanowić podstawy podjęcia przez Zamawiającego zakwestionowanej odwołaniem czynności. Nie można bowiem tracić z pola widzenia zasady, w myśl której za prawidłową, jednoznaczną i wyczerpującą treść SIWZ odpowiedzialność ponosi zamawiający, pełniący rolę gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wiąże się z tym rozstrzygnięcie mogących powstać na tle interpretacji postanowień SIWZ wątpliwości z korzyścią dla wykonawców, co wprawdzie nie ma, zdaniem Izby, charakteru bezwzględnie obowiązującej zasady, chociażby z uwagi na posiadany przez nich status profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego, ale co w tej sprawie musiało zadziałać z korzyścią dla Odwołującego. Umożliwił on bowiem złożoną próbką przeprowadzenie przez Zamawiającego weryfikacji zaoferowanego oprogramowania w drodze prezentacji w oparciu o przewidziany w SIWZ scenariusz i zadania.

Odnosząc się natomiast do przewidzianej dla próbki roli w Postępowaniu Izba zwraca uwagę na konieczność każdorazowego ustalenia jakimi intencjami kierował się zamawiający wprowadzając wymóg załączenia jej do oferty. Próbka stanowić może bowiem dokument przedmiotowy w ujęciu przepisu § 6 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia i będzie wówczas podlegać uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. W takiej sytuacji jej rolą jest umożliwienie zamawiającemu skonfrontowania postawionych przedmiotowi zamówienia wymagań z opisanymi w SIWZ właściwościami. Należy jednak zauważyć, że próbka może służyć również ocenie jakości określonych właściwości, stanowiąc kryterium oceny ofert. W takiej sytuacji trzeba ją uznać za element oferty niepodlegający uzupełnieniu, a ewentualnie wyjaśnieniu w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy Izba uznała, że – wbrew pouczeniu zawartym w akapicie 4 poz. 14 tabeli nr 5 w pkt 5 SIWZ referującym do próbki, jako dokumentu przedmiotowego – Izba uznała, że próbka oferowanego oprogramowania stanowi niepodlegający uzupełnieniu element oferty, którego weryfikacja będzie miała wpływ



na klasyfikację ofert (*vide* pkt 7 SIWZ – „Opis kryteriów i sposobów obliczania ceny” i przewidziane tam kryterium w postaci wymagań technicznych z wagą 20%), na co zresztą wskazuje zawarte w pkt III komentowanego fragmentu SIWZ postanowienie, zgodnie z którym „[...]Do obliczenia ilości punktów w tym kryterium będą brane pod uwagę parametry podane przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym w tabeli (wg załącznika nr 6 do SIWZ) oraz zweryfikowane na podstawie dostarczonej próbki.[...]” oraz treść wspomnianego załącznika nr 6 do SIWZ zawierająca tabelę z punktacją za przewidziane w SIWZ elementy składowe tego kryterium oceny ofert (którą to *nota bene* Zamawiający powinien doprowadzić do zgodności z tabelą zawartą w treści pkt 7 SIWZ).

Nawet jeśli przyjąć, że Zamawiający nadał próbce każde z powyższych znaczeń, a zatem podlegającego uzupełnieniu dokumentu przedmiotowego, do którego odnosić miałyby się prezentacja mająca na celu potwierdzenie spełniania wymagań określonych w SIWZ oraz elementu treści oferty podlegającego ocenie w kryterium „Wymagania techniczne”, wywierającym wpływ na klasyfikację ofert, to nie jest wiadome, dlaczego skutkiem negatywnej weryfikacji próbki w toku prezentacji, bądź niewykonania prezentacji w całości miałyby być odrzucenie oferty w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, a nie wezwanie do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Gdyby jednak Zamawiający przewidział taką możliwość pojawiłoby się zagrożenie, że wezwany wykonawca poprawi próbkę także w zakresie aspektów technicznych podlegających ocenie jakościowej, co byłoby niedozwolonym uzupełnieniem oferty po upływie terminu składania ofert. *Ergo*, próbce przewidzianej postanowieniami SIWZ odmówić należy statusu dokumentu przedmiotowego, wobec czego, chociażby z tej przyczyny zaskarżoną czynność Zamawiającego należało uznać za sprzeczną ze wskazanymi w *petitum* odwołania przepisami Pzp. Wydaje się bowiem, że z uwagi na przytoczone powyżej wątpliwości ten sam dokument (próbka) nie może jednocześnie stanowić dokumentu przedmiotowego i niepodlegającą uzupełnieniu treść oferty wykonawcy. Zatem tylko w sytuacji, w której Odwołujący nie złożyłby w ogóle próbki (w znaczeniu omówionym w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia) jego oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która nie może być sanowana przez zastosowanie procedury przewidzianej przepisem art. 26 ust. 3 Pzp.

W konsekwencji stwierdzenia, że Odwołujący złożył próbkę w dopuszczalnej postanowieniami SIWZ formie, Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji orzeczenia) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 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:** .....