

WYROK
z dnia 4 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Printnonstop sp. z o.o. sp. k., ul. Zawieprzycka 8L, 20-228 Lublin, Cartdridge Point Partner sp. z o.o., ul Niska 5, 27-200 Starachowice w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, ul. M. Skłodowskiej - Curie 9, 85 - 094 Bydgoszcz

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Printnonstop sp. z o.o. sp. k., ul. Zawieprzycka 8L, 20-228 Lublin, Cartdridge Point Partner sp. z o.o., ul Niska 5, 27-200 Starachowice:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Printnonstop sp. z o.o. sp. k., ul. Zawieprzycka 8L, 20-228 Lublin, Cartdridge Point Partner sp. z o.o., ul Niska 5, 27-200 Starachowice tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego: Printnonstop sp. z o.o. sp. k., ul. Zawieprzycka 8L, 20-228 Lublin, Cartdridge Point Partner sp. z o.o., ul Niska 5, 27-200 Starachowice na rzecz Zamawiającego: Szpitala Uniwersyteckiego nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, ul. M. Skłodowskiej - Curie 9, 85 - 094 Bydgoszcz kwotę 4 206 zł 14 gr (słownie: cztery tysiące dwieście złotych czternaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę, opłaty skarbowej oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz 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 Bydgoszczy.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, ul. M. Skłodowskiej - Curie 9 85 - 094 Bydgoszcz wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Usługa kompleksowej obsługi wydruku i urządzeń drukujących, nr referencyjny NLZ.2018.271.16.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w Biuletynie Zamówień Publicznych, nr 538009-N-2018 z dnia 29 marca 2018 r.

Odwołujący: Printnonstop sp. z o.o. sp. komandytowa, ul. Zawieprzycka 8L, 20-228 Lublin, Cartdridge Point Partner Sp. z o.o., ul Niska 5, 27-200 Starachowice otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w dniu 10 maja 2018 r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 15 maja 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych – jego zdaniem - z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), zwanej dalej Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu, a to:

- a) czynności wyboru oferty złożonej Raven Inmedia sp. z o.o. sp. k.
- b) czynności zaniechania wykluczenia Wykonawcy Raven Inmedia sp. z o.o. sp. k. na podstawie art. 24 ust 1 ustawy Pzp , jako nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- c) czynności zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Raven Inmedia sp. z o.o. sp. k. na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższymi czynnościami zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- a) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Raven Inmedia, której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia wobec nadto treści SIWZ w których w pkt 7.10 Zamawiający wskazał, że odrzuci ofertę, w której to system (oprogramowanie) obsługi druku nie będzie spełniał wymagań - wg formuły „Ocena warunków udziału w postępowaniu dokonana będzie na podstawie dostarczonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów, w tym zaprezentowanego oprogramowania ujętego w pkt. 7 SIWZ powyżej według zasady spełnia/nie spełnia. [a nie posiada/ nie posiada] W przypadku nie spełnienia przez zaoferowany przez Wykonawcę

system monitorowania druku, którejkolwiek z wymaganych funkcjonalności, Zamawiający odrzuci ofertę” z zastrzeżeniem, że testy oprogramowania odbędą się w środowisku Zamawiającego, ponadto w sytuacji gdy z oświadczenia producenta oprogramowania wynika, że nie udzielał on nigdy licencji Raven Inmedia na modyfikacje i implementacje swojego oprogramowania w sytuacji ponadto gdy dotychczas udzielone licencje z dniem 31 marca 2018r. wygasły.

b) art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art 26 ust 3 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust 4 pkt 2 oraz ust 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) poprzez niezasadne zaniechanie wykluczenia Raven Inmedia i uznanie, że treści wyjaśnień, jakie THI sp. z o.o. sp. k. udzieliła Zamawiającemu w odpowiedzi na zapytanie wykierowane celem potwierdzenia referencji podmiotu na którego zdolność techniczną i zawodową powołuje się Raven Inmedia, których to wynika, aby usługi wskazane w wykazie jako zrealizowane na rzecz THI były wykonane na rzecz tego właśnie podmiotu, w sytuacji gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do przedłożonych dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie, a nadto wobec faktu, iż THI nie była finalnym odbiorcą świadczonych usług, a pośrednikiem w świadczonej usłudze.

c) art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechanie wykluczenia Raven Inmedia w sytuacji, gdy wykonawca ten przedkładając dowody potwierdzające informacje zawarte w wykazie usług wykonanych przez Best Black I. K. wskazał na wykonanie przez tenże podmiot usług na rzecz THI sp. z o.o. sp. k. co sugeruje, iż THI było finalnym, a nie pośredniczącym odbiorcą usług, co do których wymagał Zamawiający referencji w sytuacji, gdy usługi te zostały co najwyżej wykonane na rzecz podmiotów w stosunku do których THI wykonał usługę kompleksowej obsługi druku (będąc jej wykonawcą, a nie Zamawiającym) - bowiem jak wynika z dokumentów dołączonych przez Odwołujących tożsama usługa miała być wykonywana w tożsamym czasie przez inne podmioty, a nie jest możliwym by THI było finalnym odbiorcą usługi, która to informacja miała istotny wpływ na udzielenie zamówienia stanowiąc przesłankę w badaniu spełnienia przesłanki wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

d) art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art 26 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art 22a ust 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechania wykluczenia Raven Inmedia powołującego się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, a to Best Black I. K. w zakresie w jakim w ofercie wskazano ograniczony do „obsługi technicznej urządzeń wielofunkcyjnych” zakres robót, które zostaną wykonane siłami tego przedsiębiorcy na którego to wiedzę i doświadczenie Raven Inmedia się powołuje wobec zakreślonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia zawierającego również 4 inne składowe usługi, w tym również uruchomienie systemu i udostępnienie i prowadzenie przez

Wykonawcę, w oparciu o jego serwery serwisu do kompleksowej usługi druku, które to składowe usługi, jak wynika z przedstawionych referencji wykonywał Best Black, a nie Raven Inmedia, a zatem w sytuacji gdy brak będzie wykonania tej części usługi (z uwagi na wiążącą treść oferty) przez podmiot posiadający wymagane przez Zamawiającego wiedzę i doświadczenie.

Podnosząc powyższe, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru ofert;
- b) odrzucenia oferty Raven Inmedia sp. z o.o. sp. k., ewentualnie
- c) wykluczenia Wykonawcy Raven Inmedia sp. z o.o. sp. k.

Wnosił również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Na zasadzie art. 190 ust 3 i 4 ustawy Pzp Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność ustalenia, czy zaoferowane przez Raven Inmedia oprogramowanie w przypadku połączenia drukarek za pomocą portu USB: udostępnia status poszczególnego urządzenia tj. minimum informacje (alerty) dotyczące: błędów urządzenia, niskiego poziomu materiału drukującego, kończącego się papieru, zacięcia papieru, statusu drukowania, status gotowości, status przejścia urządzenia w stan uśpienia, aktualny stan poziomu materiału eksploatacyjnego, licznik całkowity urządzenia nie dopuszczając wykorzystania jedynie komunikacji z portem USB w technologii JPL oraz czy oprogramowanie to zapewnia śledzenie zużycia materiałów eksploatacyjnych w urządzeniach drukujących jak również możliwość zliczania ilości wydrukowanych stron.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł dopuszczalność odwołania stosownie do Uchwały Sądu Najwyższego z 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 58/17, Biul.SN 2018/2/10-11).

W zakresie zarzutu lit. a odwołania zwrócił uwagę, że Raven Inmedia zaoferowało Zamawiającemu oprogramowanie opisane jako PrintFlow, którego testy w środowisku Zamawiającego odbyły się w dniach 19 i 23 kwietnia 2018 r.

Zauważył, że w toku prezentacji Zamawiający powziął wiedzę, iż nie wszystkie zaoferowane funkcjonalności działają w sposób prawidłowy, czemu dał wyraz żądaniu wyjaśnienia treści oferty skierowanej do Wykonawcy w dniu 24 kwietnia 2018 r., gdzie wskazano, iż wymogiem Zamawiającego było m. in to aby oprogramowanie spełniało

następujące warunki wymienione w treści opisu przedmiotu zamówienia w zakresie połączenia urządzeń drukujących przy pomocy połączenia USB:

a) udostępnienie status poszczególnego urządzenia tj. minimum informacje (alerty) dotyczące: błędów urządzenia, niskiego poziomu materiału drukującego, kończącego się papieru, zacięcia papieru, statusu drukowania, status gotowości, status przejścia urządzenia w stan uśpienia, aktualny stan poziomu materiału eksploatacyjnego, licznik całkowity urządzenia nie dopuszczając wykorzystania jedynie komunikacji z portem USB w technologii JPL oraz czy

b) zapewnienie śledzenia zużycia materiałów eksploatacyjnych w urządzeniach drukujących jak również możliwość zliczania ilości wydrukowanych stron.

Wyjaśnił, że wykonawca odpowiedział na to wezwanie nie zaprzeczając, iż funkcjonalności te nie działają prawidłowo, iż wymogiem Zamawiającego było posiadanie przez oferowane oprogramowanie - a nie działanie tychże.

Odwołujący wskazał przy tym, że zarówno opis przedmiotu zamówienia, jak i zapisy SIWZ wprost wskazują na to, iż oprogramowanie ma zapewniać (wg Słownika Języka Polskiego zapewnić to :«sprawić, że coś się stanie lub ktoś uzyska coś»).

Według Odwołującego - intencją Zamawiającego nie był przecież zakup usługi związanej z oprogramowaniem informatycznym, które nie działa prawidłowo. Celem także testów przeprowadzonych była weryfikacja (i to pod wprost wyrażonym rygorem odrzucenia oferty) poprawności działania systemu w środowisku Zamawiającego (pkt 7.10 SIWZ ... w przypadku nie spełnienia przez zaoferowany przez Wykonawcę system monitorowania druku, którejkolwiek z wymaganych funkcjonalności...).

Skoro zatem test ten przyniósł rezultat negatywny należało uznać – zdaniem Odwołującego, iż zaoferowane oprogramowanie nie spełnia wymogów określonych w SIWZ a w konsekwencji odrzucić ofertę Potwierdzeniem tej okoliczności będzie także wnioskowana opinia biegłego z zakresu informatyki.

W zakresie zarzutów z lit. b i c. zauważył, że Raven Inmedia sp. z o.o. sp k. powołała się w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.1 3) SIWZ na zasoby podmiotu Best Black I. K., wskazując w wykazie, iż przedsiębiorca ten wykonał 2 usługi kompleksowej usługi druku (a nie wdrożenia systemu kompleksowej obsługi urządzeń drukujących) na rzecz THI Sp. z o.o. SP kom. w Łodzi.

Wyjaśnił, że w związku z informacjami, jakie przekazał Zamawiającemu Odwołujący, w tym referencjami dotyczącymi wykonywania przez inne podmioty tożsamych usług w tożsamym okresie, którego dotyczą referencje na zlecenie THI (które to – jak zapowiedział - zostaną złożone na również na rozprawie już bez zacierania informacji o podmiocie którego dotyczą), Zamawiający powziął wątpliwość, co do dowodów potwierdzających wykonanie usług wskazanych w wykazie i zwrócił się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Wskazał również, że Zamawiający zażądał potwierdzenia, iż Best Black wykonało usługi na rzecz THI sp. z o.o. sp. kom., bowiem z oświadczenia przesłanego przez THI sp. z o.o. sp. kom., nie wynika, iżby usługi, których dotyczyło zapytanie zostały wykonane na rzecz THI.

Zwrócił przy tym uwagę, że Zamawiający wprost żądał, by potwierdzenie dokumentów referencji dotyczyło informacji, czy usługa była realizowana na rzecz THI (posługując się sformułowaniem „u Państwa”, „na rzecz Państwa Firmy”).

Odwołujący stwierdził, że odczytuje to jako wolę stwierdzenia, czy THI była finalnym odbiorcą świadczonych usług, a pośrednikiem w świadczonej usłudze.

Odwołujący zadeklarował, że z jego najlepszej wiedzy wynika, iż nie jest możliwym, aby Best Black wykonał bezpośrednio u THI sp. z o.o. sp. k. usługi polegające na wdrożeniu kompleksowego systemu obsługi druku, bowiem ta ostatnia Spółka wykonuje tego rodzaju usługi na rzecz Zamawiających, nie używając na własne potrzeby wskazanych ilości kopii, lecz dokonuje wdrożeń obejmujących takie ilości kopii na rzecz innych podmiotów.

Według Odwołującego - „Referencje muszą być wystawione przez podmiot, który ma wiedzę na temat całościowego wykonania umowy, który był odbiorcą świadczonych usług i miał prawo rozliczyć wykonawcę z prawidłowości ich świadczenia, a więc w zasadzie przez drugą stronę umowy.

Zdaniem Odwołującego - w przedmiotowym wypadku tak jednak nie jest, bowiem usługi wymienione w wykazie były ostatecznie świadczone, na rzecz innego podmiotu, aniżeli na rzecz THI sp. z o.o. sp. kom.

W ocenie Odwołującego - pominięcie zatem przez wystawiającego referencje kwestii, iż usługa miała być wykonana na rzecz THI nie nosi cech prostego zabiegu redakcyjnego, lecz jest warunkowana rzeczywistym stanem faktycznym.

Wskazał, że z zestawienia treści wystawionych dla Best Black referencji z referencjami wystawionymi na rzecz innych podmiotów wynika, iż obsługa systemu kompleksowej obsługi druku w latach 2014 - 2017 r. dotyczyła zadania zleconego, bowiem w taki właśnie sposób THI realizuje usługi na rzecz innych podmiotów.

Zarzucił, że trudno uznać, za prawdziwe oświadczenia, iż THI sp z. o.o. sp. kom. na własne potrzeby w okresach co pół roku wykonuje wdrożenia „u siebie” systemu kompleksowej obsługi druku zlecając tę czynność kilku podmiotom jednocześnie, w tym samym czasie, co zostało również wykazane poprzez złożenie informacji dotyczących innych podmiotom którym THI udzieliło referencji na tożsamą usługę.

W odniesieniu do zarzutu z lit. d podniósł, że Raven Inmedia powołał się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, a to Best Black I. K. w zakresie w jakim w ofercie wskazano ograniczony do „obsługi technicznej urządzeń wielofunkcyjnych” zakres robót, które zostaną wykonane siłami tego przedsiębiorcy, na którego to wiedzę i doświadczenie Raven Inmedia się powołał.

Zauważył przy tym, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako zawierający również 4 inne składowe usługi, tj. wskazał, iż:

1. Przedmiotem zamówienia jest uruchomienie i utrzymanie przez okres 18 miesięcy systemu kompleksowej obsługi urządzeń drukujących użytkowanych przez Zamawiającego obejmującego:

a. zapewnienie ciągłości pracy urządzeń drukujących, w tym ich naprawy, konserwacje i przeglądy oraz wymiana urządzeń w sytuacji stwierdzenia nieopłacalności dalszej eksploatacji;

b. udostępnienie i prowadzenie przez Wykonawcę, w oparciu o jego serwery, serwisu umożliwiającego:

- zdalne monitorowanie stanu zużycia materiałów eksploatacyjnych dla poszczególnych urządzeń drukujących (w zależności od technologii urządzenia) z wykorzystaniem natywnych mechanizmów raportujących urządzeń drukujących (podłączonych bezpośrednio do sieci LAN Zamawiającego) lub oprogramowania (agentów) zainstalowanego u Zamawiającego, na które to monitorowanie Wykonawca udziela Zamawiającemu prawa użytkowania - podsystem monitorowania;

- raportowanie ilości wydruków dla poszczególnych urzędzeń drukujących - podsystem raportowy na wszystkich urzędzeniach;

c. zapewnienie Zamawiającemu poprzez przeglądarkę WWW dostępu do serwisu Wykonawcy umożliwiającego podgląd monitorowanych urzędzeń oraz generowanych raportów;

d. śledzenie i analizowanie przez Wykonawcę stanów zużycia materiałów eksploatacyjnych urzędzeń drukujących (w zależności od technologii urzędzenia) oraz na tej podstawie płynną ich dostawę (z wyjątkiem papieru);

e. odbiór i utylizację zużytych części i materiałów eksploatacyjnych.

W przekonaniu Odwołującego z przedstawionych referencji wynika, że tożsame usługi wykonywał Best Black, a nie Raven Inmedia, a zatem brak będzie wykonania tej części usługi (z uwagi na wiążącą treść oferty) przez podmiot posiadający wymagane przez Zamawiającego wiedzę i doświadczenie.

Zaznaczył, że po zmianach ustawy Pzp z 2016 r. w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp), która to regulacja ta została przeniesiona z art. 63 dyrektywy 2014/24/UE i odpowiada dorobkowi przeważającej części orzecznictwa KIO i sądów.

W tej sytuacji, skoro sam Raven Inmedia oferuje wiążąco wykonanie jedynie części zamówienia przez podmiot z doświadczeniem, nie sposób mówić o spełnieniu przez tego wykonawcę warunków podmiotowych udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 21 maja 2018r. wykonawca Raven Inmedia sp. z o.o. sp. k., zwany dalej Przystępującym zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego, odwołania, protokołu z demonstracji oprogramowania w dniach 19 i 23.04.2018r. z dnia 23 kwietnia 2018r., wezwania Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 26 kwietnia 2018r. i odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie z dnia 2 maja 2018r., zawiadomienia o wyborze

najkorzystniejszej oferty z dnia 10 maja 2018r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 4 czerwca 2018r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 28 maja 2018r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu 89 ust.1 pkt. 2, art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art.26 ust.3 w związku z § 2 ust.4 pkt 2 oraz ust.6 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art.26 ust.3 w związku z art.22a ust.4 i art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ oraz do wykluczenia Przystępującego z przetargu z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, a także z powodu złożenia nieprawdziwych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Według zapatrywania Izby zarzut odwołania odnoszący się do sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ określony pod lit. a nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że stosowanie do pkt.7.10 SIWZ ocena warunków udziału w postępowaniu dokonana będzie na podstawie dostarczonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, w tym zaprezentowanego oprogramowania ujętego w pkt. 7 SIWZ powyżej według zasady spełnia/nie spełnia. W przypadku nie spełnienia przez zaoferowany przez wykonawcę system monitorowania druku, którejkolwiek z wymaganych funkcjonalności, zamawiający odrzuci ofertę.

Według ustaleń Izby Zamawiający w dniach 19 i 23 kwietnia 2018r. dokonywał oceny funkcjonalności próbki przedmiotu zamówienia w obecności Przystępującego, w następstwie którego potwierdzono, że oferta jest zgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ (protokół z dnia 23 kwietnia 2018r.).

Wymaga również zauważenia, że Zamawiający w SIWZ nie opisał szczegółowo procedury powyższej prezentacji.

Izba ustaliła również, że w trakcie pierwszej prezentacji wystąpiły pewne błędy danych w działaniu urządzeń.

Przechodząc do oceny powyższego zarzutu Izba doszła do przekonania, że wątpliwości Zamawiającego wynikające z treści pisma z dnia 26 kwietnia 2018r. zostały dostatecznie wyjaśnione w piśmie Przystępującego z dnia 2 maja 2018r., w szczególności należy wskazać, że wystąpiły jedynie trudności w prezentacji – błędy zliczania i wyświetlania danych, a nie braki funkcjonalności będące wynikiem niewdrożenia i niezintegrowania zaoferowanego systemu ze środowiskiem informatycznym Zamawiającego.

Odwołujący w swoich rozważaniach nie uwzględnił, że stosownie do pkt 29.2 opisu przedmiotu zamówienia – załącznik nr 2a prezentacja oprogramowania odbędzie się w formie demonstracji działania w środowisku Zamawiającego.

Odwołujący nie zakwestionował również okoliczności braku odpowiedniego poznania przez wykonawców środowiska informatycznego Zamawiającego w stopniu umożliwiającym pełną poprawną prezentację zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Izba wzięła również pod uwagę, że zgodnie z pkt 29.3 opisu przedmiotu zamówienia – załącznik nr 2a Zamawiający będzie oceniał posiadanie wymaganych funkcjonalności według kryterium spełnia/nie spełnia. W przypadku niespełnienia przez zaoferowany przez wykonawcę system monitorowania druku, którejkolwiek z wymaganych funkcjonalności, Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy.

Z powyższego wynika, że pełna ocena funkcjonalności przedmiotu zamówienia będzie dokonywana na etapie wdrożenia przedmiotu zamówienia w ramach podpisanej już umowy.

Potwierdzeniem tego stanowiska jest postanowienie § 1 ust.4 załącznika nr 7 do SIWZ – Główne Postanowienia Umowne w myśl, którego wykonawca zobowiązany jest, w terminie nie dłuższym niż 10 dni od dnia podpisania umowy do uruchomienia, prowadzenia i udostępnienia Zamawiającemu serwisu funkcjonującego w oparciu o serwery Wykonawcy(...).

Zestawienie powołanych wyżej postanowień SIWZ wskazuje na to, że prezentacja miała charakter jedynie demonstracyjny, natomiast uruchomienie, prowadzenie i udostępnienie Zamawiającemu serwisu urządzeń drukujących (wdrożenie przedmiotu zamówienia) wymagać będzie dłuższego czasu niż czas na przygotowanie się do prezentacji.

W związku z powyższym, Izba uznała wniosek o powołanie biegłego za bezcelowy, jako, że Zamawiający zgodnie z SIWZ ocenił posiadanie wymaganych funkcjonalności jedynie według kryterium spełnia/nie spełnia.

Izba uznała również, że przeprowadzenie tego dowodu w warunkach szpitalnych oznaczałoby znaczne utrudnienia dla pacjentów w aspekcie możliwości wystąpienia opóźnień w wydawaniu wypisów szpitalnych.

Nadto, Izba dostrzegła w treści SIWZ istnienie pewnej niekonsekwencji Zamawiającego w pkt.7.10 SIWZ, gdzie ten postanowił, że ocena warunków udziału w postępowaniu dokonana będzie na podstawie dostarczonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, w tym zaprezentowanego oprogramowania.

Powyższe postanowienie SIWZ w jego literalnym brzmieniu odnosi się do warunków udziału w przetargu, a nie do merytorycznej zawartości oferty, co oznacza, że nie ma do niego zastosowania przepis art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Inna wykładnia cyt. pkt.7.10 SIWZ prowadziła do wniosku, że niejednoznaczność warunku może być tłumaczona na niekorzyść wykonawcy, co nie znajduje aprobaty Izby.

Izba postanowiła również oddalić inny dowód złożony przez Odwołującego w postaci oświadczenia producenta oprogramowania z dnia 11 lutego 2018r., bowiem Odwołujący nie wykazał, że osoba go podpisująca miała do tego prawo w dacie jego składania.

Poza tym oświadczenie to pozostaje w sprzeczności z późniejszym oświadczeniem z dnia 25 maja 2018r. złożonym przez Prezesa zarządu tej samej spółki będącej producentem oprogramowania.

Odnosnie pozostałych zarzutów dotyczących lit. b i c odwołania – zdaniem Izby – Przystępujący wykazał spełnianie spornego warunku, a kwestia czy wskazany przez niego

podwykonawca (podmiot udostępniający zasób) wykonywał zamówienie dla odbiorcy pośredniego czy docelowego Zamawiającego nie ma znaczenia prawnego.

Z powyższego względu dowody z listów referencyjnych i wykazu wykonanych usług należało uznać za bezprzedmiotowe.

Niezależnie od powyższego - według zapatrywania Izby - zobowiązanie z dnia 13 kwietnia 2018r. wskazanego przez Przystępującego podwykonawcy zawierało wszystkie prawem wymagane elementy i tym samym potwierdzało spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Idąc dalej - w ocenie Izby - przedłożony przez Przystępującego wykaz wykonanych usług nie dawał Zamawiającemu podstawy do zastosowania przepisu art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ostatecznie za chybiony należało uznać zarzut wyrażony pod lit. d odwołania, z tego powodu, że podmiot udostępniający zasób wyraźnie zadeklarował realizację zamówienia na zasadzie umowy o podwykonawstwo.

Stosownie do przepisu art.22a ust.4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący będzie właśnie korzystał z tego rodzaju podwykonawstwa w zakresie udziału obejmującego podejmowanie wszelkich działań w zakresie wskazanym w SIWZ.

Bezpodstawne jest wobec tego twierdzenie Odwołującego, że zakres podwykonawstwa będzie ograniczony.

Zdaniem Izby połączone potencjały tych dwóch wykonawców pozwolą na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....