

Sygn. akt: KIO/UZP 469/09

**WYROK**

**z dnia 28 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

|                        |                          |
|------------------------|--------------------------|
| <b>Przewodniczący:</b> | <b>Luiza Łamejko</b>     |
| <b>Członkowie:</b>     | <b>Emil Kuriata</b>      |
|                        | <b>Jolanta Markowska</b> |
| <b>Protokolant:</b>    | <b>Rafał Komoń</b>       |

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: UHC Sp. z o.o., Lublin, ul. Do Dysa 9 i BIATEL S.A., Warszawa, ul. Plac Piłsudskiego 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce, Ostrołęka, Al. Jana Pawła II 120A** protestu z dnia 23 marca 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: ABG S.A., Warszawa, Al. Jerozolimskie 123A, Asseco Poland S.A., Rzeszów, Al. Armii Krajowej 80 i Medcore Sp. z o.o., Warszawa, ul. Ruczaj 6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: UHC Sp. z o.o., Lublin, ul. Do Dysa 9 i BIATEL S.A., Warszawa, ul. Plac Piłsudskiego 1 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum firm: UHC Sp. z o.o., Lublin, ul. Do Dysa 9 i BIATEL S.A., Warszawa, ul. Plac Piłsudskiego 1,**
  
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: UHC Sp. z o.o., Lublin, ul. Do Dysa 9 i BIATEL S.A., Warszawa, ul. Plac Piłsudskiego 1.**

## Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr J. Psarskiego w Ostrołęce, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę szpitalnego systemu informatycznego (SSI). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 stycznia 2009 r. pod numerem 2009/S 5-005772. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została przekazana Wykonawcom w dniu 18 marca 2009 r.

W dniu 23 marca 2009 r. protest wobec treści Specyfikacji wniosło Konsorcjum firm: UHC Sp. z o.o. i Biatel S.A. zwane dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25, art. 36 ust. 1 pkt 5-7 i 10-11 oraz art. 51 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez:

- nieprawidłowe określenie sposobu składania ofert,

- wprowadzenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymogu przeprowadzenia prezentacji, co nie może stanowić wymagania w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, sama procedura przeprowadzenia prezentacji narusza przepisy ustawy Pzp z uwagi na niejasność użytych sformułowań, nierówne traktowanie podmiotów, nałożenie na Wykonawców obowiązków prowadzących do wykonania części funkcjonalności Systemu jeszcze przed złożeniem ofert oraz nałożenie sankcji odrzucenia oferty w przypadkach, które nie zostały przewidziane w ustawie Pzp,

- posługiwanie się w Specyfikacji nazwą produktu oferowanego przez jedną z firm uczestniczących w postępowaniu, bez wskazania cech tego produktu, co ewentualnie umożliwiłoby zaferowanie produktu równoważnego,

2. naruszenie art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) w zw. z art. 139 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zakresie określenia postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawartych w Załączniku nr 5 do Specyfikacji (projekt umowy), w części dotyczącej §11 ust. 1 i 2 projektu umowy przez ustalenie rażąco zawyżonych kar umownych przy jednoczesnym nieprecyzyjnym określeniu przesłanek ich naliczania,

3. naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zakresie określenia postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawartych w Załączniku nr 5 do Specyfikacji, w części dotyczącej §3 ust. 4 projektu umowy przez

wprowadzenie wymogu przedstawienia Zamawiającemu listy pracowników Wykonawcy realizujących umowę wraz z ich danymi osobowymi,

4. naruszenie art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zakresie określenia postanowień Specyfikacji zawartych w Załączniku nr 5 do Specyfikacji, w części dotyczącej §5 ust. 6 projektu umowy przez wprowadzenie zapisów przenoszących własność dostarczonego sprzętu i oprogramowania na Zamawiającego z chwilą podpisania protokołów częściowych, podczas gdy płatność miałaby nastąpić jednorazowo po zakończeniu umowy.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wskazując sposób oznakowania opakowania, w którym mają być składane oferty, w sposób błędny podał, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, podczas gdy w rzeczywistości jest to przetarg ograniczony.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w pkt XI „Weryfikacja ofert” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zastrzegł sobie prawo zaproszenia Wykonawców, którzy złożyli oferty na prezentację oferowanego SSI w celu potwierdzenia zgodności złożonej oferty z wymaganiami Zamawiającego. Powyższa prezentacja ma być prowadzona zgodnie z procedurą określoną w pkt XI.1-12 Specyfikacji. W ocenie Odwołującego, ww. postanowienia Specyfikacji naruszają art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5-6 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, prezentacja służyć będzie ponownej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co z uwagi na tryb, w jakim postępowanie jest prowadzone, jest niedozwolone. Odwołujący wywodził, iż nawet w przypadku uznania za możliwe przeprowadzenia prezentacji w trybie przetargu ograniczonego, to Zamawiający nie może korzystać w tym wypadku z całkowitej dowolności. Odwołujący zauważył, iż dla zachowania dyspozycji art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp warunki przeprowadzenia prezentacji powinny zostać precyzyjnie określone w treści Specyfikacji. W szczególności obowiązkiem Zamawiającego jest wskazanie sposobu, w jaki będzie on weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie. Sprawdzeniu powinny podlegać te same funkcjonalności według założonego scenariusza identycznego dla wszystkich wykonawców. Co również istotne, według Odwołującego, prezentacja może mieć jedynie charakter pomocniczy i służyć zweryfikowaniu ewentualnych wątpliwości Zamawiającego. Oczywistym jest również, w ocenie Odwołującego, iż Zamawiający powinien odpowiednio udokumentować prezentację także w formie protokołu. Tymczasem, jak podkreślił Odwołujący, Zamawiający w pkt XI ppkt 1 Specyfikacji wskazał, iż podczas prezentacji potwierdzone zostaną „wybrane (...) wymagania i parametry z Załącznika nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”, zaś zgodnie z treścią pkt XI ppkt 3-4 Specyfikacji, Wykonawca ma być przygotowany do zaprezentowania wszystkich funkcji

ujętych w Załączniku nr 1 do Specyfikacji i dodatkowo ma zapewnić wszelkie zasoby sprzętowe i programowe niezbędne do wykonania prezentacji.

Jak zauważył Odwołujący, uprawnienie do żądania przeprowadzenia prezentacji wyprowadzane jest z treści §3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., nr 87, poz. 605 z późno zm.), który to przepis mówi o dostarczaniu próbek. Pojęcie „próbki” może odnosić się, w ocenie Odwołującego, jedynie do produktów gotowych i powtarzalnych. Zdaniem Odwołującego, żądanie takiej próbki byłoby zatem dopuszczalne, gdyby przedmiotem zamówienia było istniejące oprogramowanie, a w szczególności oprogramowanie standardowe np. system operacyjny. Tymczasem w niniejszym postępowaniu ostateczny kształt systemu SSI będzie uzależniony od warunków istniejących u Zamawiającego, zatem część funkcjonalności będzie mogła zostać uruchomiona dopiero po zaimplementowaniu systemu w siedzibie Zamawiającego. Nieuprawnione jest zatem żądanie ich prezentacji, bowiem w takim przypadku dostarczenie próbki zobowiązywałoby Wykonawcę do sporządzenia fragmentu funkcjonalności jeszcze przed złożeniem oferty. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 70/08).

Odwołujący podniósł również, że ww. zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia są wysoce nieprecyzyjne, a rozumiane w sposób literalny niemożliwe do zrealizowania – w Załączniku nr 1 do Specyfikacji wymieniono ponad 1 000 funkcji Systemu SSI, a Specyfikacja nie określa, które z nich miałyby być przedmiotem prezentacji, pozostawiając dokonanie wyboru Zamawiającemu. Analiza Specyfikacji wskazuje zaś, iż wybór ten nastąpi dopiero w dniu prezentacji.

Jak argumentował dalej Odwołujący, przedstawienie wszystkich funkcjonalności w czasie prezentacji nie będzie możliwe chociażby ze względów czasowych. Nie byłoby to także wykonalne ze względów technicznych - część funkcjonalności wymaga bowiem integracji z istniejącymi systemami i funkcjonującym u Zamawiającego sprzętem medycznym. Trudno oczekiwać, zdaniem Odwołującego, aby dla zaprezentowania tych funkcjonalności Wykonawca zapewniał np. własny aparat tomograficzny. Jako kolejne przykłady Odwołujący wskazał wymaganą w pozycji 1005 Załącznika nr 1 do Specyfikacji funkcję współpracy z lekarską stacją diagnostyczną, a także wymaganą drukarkę plików DICOM (poz. 1020 Załącznika nr 1 do Specyfikacji). Odwołujący podkreślił, iż Wykonawca w celu przygotowania się do prezentacji powinien zapewnić cały sprzęt konieczny dla zobrazowania poszczególnych funkcjonalności, w tym także kosztowny sprzęt medyczny, którego Wykonawca nie posiada i którego z pewnością nie byłby w stanie zapewnić tylko dla celów testowania oprogramowania. Odwołujący wskazał także na fakt, iż Specyfikacja nie określa terminu przeprowadzenia prezentacji, co oznacza, iż Wykonawca powinien w bliżej

nieokreślonym okresie utrzymywać „w gotowości” pracowników niezbędnych do zaprezentowania funkcjonalności Systemu. Odwołujący podniósł również, iż tak szerokie ujęcie zakresu prezentacji oznacza w istocie, że Wykonawca przeprowadzając prezentację powinien być w stanie uruchomić wszystkie funkcjonalności w ciągu jednego dnia, a nawet w ciągu kilku godzin, co z założenia jest niemożliwe.

Procedura opisana w Specyfikacji, zdaniem Odwołującego, w żaden sposób nie wskazuje, w jaki sposób Zamawiający będzie dokonywał weryfikacji treści oferty - w treści pkt XI.6 Specyfikacji stwierdzono jedynie, iż oceny tej dokona Zamawiający, nie precyzując, jakimi kryteriami będzie się kierował. Oznacza to, w ocenie Odwołującego, iż Zamawiający w sposób całkowicie jednostronny może dokonywać takiej oceny, nie mając możliwości zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, o czym stanowi pkt XI ppkt 10 Specyfikacji, który wyłącza możliwość zabierania głosu przez jakąkolwiek ze stron uczestniczących w prezentacji. Takie sformułowanie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stanowi, zdaniem Odwołującego, naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak stwierdził Odwołujący, sposób sformułowania procedury przeprowadzania prezentacji jest również niezgodny z jej funkcją – prezentacja może mieć jedynie charakter pomocniczy i ma służyć zweryfikowaniu ewentualnych wątpliwości Zamawiającego. Tymczasem treść Specyfikacji wskazuje, iż wynik prezentacji będzie samodzielną podstawą odrzucenia ofert (pkt XI.6 Specyfikacji). Taki sam skutek będzie miało, zgodnie z pkt XI ppkt 11 Specyfikacji, nie stawienie się Wykonawcy na prezentacji.

Zdaniem Odwołującego, powyższe świadczy o niezgodności treści Specyfikacji z art. 7, art. 8 i art. 22 ustawy Pzp, a także z art. 89 ustawy Pzp, bowiem nie zawiera on sankcji odrzucenia oferty np. w sytuacji nie stawienia się Wykonawcy na prezentację.

Kolejny zarzut, na jaki wskazał Odwołujący to określenie jednej z funkcjonalności Systemu SSI jako „Symulator JGP” (pozycja 57 Załącznika nr 1 do Specyfikacji). Taki sposób określenia funkcjonalności narusza, w ocenie Odwołującego, art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, iż Załącznik nr 1 do Specyfikacji nie precyzuje jakiego rodzaju funkcje miałyby realizować Symulator JGP. Dodatkowo, nazwa „Symulator JGP” jest nazwą produktu firmy ABG oferowanego w ramach systemu InfoMedica. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może posługiwać się nazwami handlowymi produktów firm uczestniczących w postępowaniu, bowiem przedmiot zamówienia dotyczy dostarczenia Systemu SSI, a nie systemu odpowiadającego funkcjonalności produktów jednej z firm. Gdyby przyjąć, że jest inaczej, nawet wtedy obowiązkiem Zamawiającego byłoby precyzyjne określenie funkcjonalności Symulatora JGP tak, aby możliwe było dostarczenie produktu równoważnego.

Odwołujący stwierdził ponadto, że mimo tego, iż swoboda stron w kształtowaniu umów zawieranych na podstawie ustawy Pzp jest ograniczona, nie może to jednak prowadzić do dowolnego ustalania przez Zamawiającego obowiązków Wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, wysokość kar umownych przewidzianych w Załączniku nr 5 do Specyfikacji została w rażący sposób zawyżona. Dotyczy to w szczególności kary przewidzianej w §11 ust. 2 projektu umowy, która wynosi 20% umówionego wynagrodzenia tj. około 680 000 zł, przy czym mogłaby ona zostać naliczona także za nienależyte wykonanie zobowiązania. Jak wskazał Odwołujący, umowa nie definiuje tego pojęcia, które jest wysoce nieprecyzyjne, a w szczególności nie określa, o jakiego rodzaju „nieprawidłowości” w realizacji umowy jest mowa. Zdaniem Odwołującego, podstawą naliczenia kar nie mogą być bowiem ewentualne drobne uchybienia Wykonawcy.

Odwołujący podkreślił również, iż projekt umowy w żadnym stopniu nie zabezpiecza interesu Wykonawcy, co stanowi o nierównym traktowaniu stron umowy, a tym samym o naruszeniu zasad współżycia społecznego. Jak zauważył Odwołujący, kary umowne mają służyć dyscyplinowaniu stron umowy, a nie wzbogaceniu jednej z nich.

Zdaniem Odwołującego, zawarty w §3 ust. 4 projektu umowy wymóg dostarczenia przez Wykonawcę listy pracowników realizujących umowę wraz z ich danymi osobowymi narusza art. 25 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, bowiem tego rodzaju lista nie jest niezbędna do zrealizowania umowy. Co więcej, to Wykonawca ponosi odpowiedzialność za dobór i jakość pracy własnych pracowników. Odwołujący wskazał również na wątpliwość w zakresie zgodności ww. fragmentu umowy z ustawą o ochronie danych osobowych.

Odwołujący wywiódł także, że zapis wprowadzony w §5 ust. 6 projektu umowy, zgodnie z którym własność dostarczonego sprzętu i oprogramowania przechodziłaby na Zamawiającego z chwilą podpisania protokołów częściowych, w zestawieniu z określonymi w umowie warunkami płatności prowadzi do rażącego pokrzywdzenia Wykonawcy, co stanowi naruszenie art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający z chwilą przekazania nabywa własność dostarczonego sprzętu i oprogramowania, a także uprawnienie do korzystania z dostarczonych elementów systemu, tymczasem Wykonawca nie otrzymuje na tym etapie żadnego wynagrodzenia. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, użyte w umowie sformułowanie w części dotyczącej oprogramowania jest nieściśle, bowiem Wykonawca udziela licencji, a nie przenosi własność oprogramowania.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez:

- prawidłowe oznaczenie trybu postępowania określonego w pkt IV.1 Specyfikacji,

- wykreślenie punktu XI „Weryfikacja ofert” dotyczącego przeprowadzania prezentacji, ewentualnie zmianę treści tego punktu, w sposób zapewniający jego zgodność z ustawą Pzp w szczególności przez:

a) precyzyjne i jednoznaczne określenie zakresu prezentacji,

b) wskazanie listy funkcjonalności podlegających sprawdzeniu,

c) określenie terminu przeprowadzenia prezentacji,

d) wskazanie trybu (scenariusza) weryfikacji treści oferty w trakcie prezentacji w oparciu o kryteria ustalenia niezgodności oferty z wymaganiami Specyfikacji,

e) wykreślenie przewidzianych w pkt XI Specyfikacji sankcji odrzucenia oferty,

f) zapewnienie Wykonawcy możliwości składania wyjaśnień w trakcie prezentacji,

- precyzyjne określenie funkcji modułu „Symulator JGP”, o którym mowa w pozycji 57 Załącznika nr 1 do Specyfikacji, który stanowi nazwę produktu oferowanego przez firmę ABG, która jest oprócz Odwołującego, jedynym uczestnikiem postępowania i którego funkcje nie zostały oznaczone w treści SIWZ,

- obniżenie kar umownych i doprecyzowanie warunków ich naliczania, w tym także uzależnienie prawa do nałożenia kar od zwłoki w wykonaniu umowy, jak również wyraźne zastrzeżenie możliwości dochodzenia odszkodowania od obu stron umowy (§11 projektu umowy),

- wykreślenie §3 ust. 4 projektu umowy,

- wykreślenie §5 ust. 6 projektu umowy lub zmodyfikowanie warunków płatności określonych w §6 projektu umowy tak, aby mogły one następować etapami, a także wprowadzenie rozróżnienia między przeniesieniem własności sprzętu a udzieleniem licencji na oprogramowanie.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosiło w dniu 27 marca 2009 r. Konsorcjum firm: ABG S.A., Asseco Poland S.A. i Medcore Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 31 marca 2009 r. przez jego uwzględnienie w części dotyczącej określenia trybu prowadzenia postępowania, użycia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określenia „Symulator JGP”, listy pracowników biorących udział w realizacji umowy oraz treści §5 ust. 6 projektu umowy. Zamawiający uwzględnił protest również w zakresie zarzutu dotyczącego treści § 11 ust. 2 projektu umowy i zobowiązał się do dokonania modyfikacji treści Specyfikacji polegającej na umożliwieniu



Wykonawcy wskazania w formie pisemnej wina Zamawiającego w wystąpieniu opóźnienia w realizacji zamówienia. Oświadczył, iż w takim przypadku kary nie będą naliczane. Zamawiający stwierdził jednocześnie, że nie dokona zmiany kary określonej w § 11 ust. 1 projektu umowy tak, aby naliczana była w razie zwłoki. Zdaniem Zamawiającego, naliczanie kar umownych zaproponowane w projekcie umowy w tym zakresie jest dozwolone przepisami i zasadami współżycia społecznego. Nadmiernie wysokie w odczuciu Odwołującego kary umowne podyktowane są, jak wyjaśnił Zamawiający, troską Zamawiającego o przestrzeganie terminów umownych, stanowią także czynnik dyscyplinujący.

Zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutu dotyczącego prezentacji. Zdaniem Zamawiającego, wprowadzenie wymogu przeprowadzenia prezentacji jest dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp. Wskazał, iż prezentacja nie będzie służyła ponownej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu – ocena powyższego została dokonana na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych przez Wykonawców. Prezentacja ma na celu wyłącznie potwierdzenie, że oferta Wykonawcy odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Takie działanie jest uprawnione bez względu na tryb, w jakim prowadzone jest postępowanie, co stwierdziła Izba w wyroku z dnia 7 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1173/08).

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, iż zapisy Specyfikacji w zakresie przeprowadzenia prezentacji są nieprecyzyjne. Zamawiający podkreślił, iż przedmiotem postępowania nie jest wytworzenie systemu informatycznego (implementacja), a zakup gotowego systemu informatycznego, posiadającego w momencie składania ofert minimalną funkcjonalność, opisaną w Załączniku nr 1 do Specyfikacji. Z uwagi na powyższe, jak wskazał Zamawiający, żąda on, aby Wykonawcy w swoich ofertach zadeklarowali, że oferowany system już posiada wymagane minimalne funkcjonalności. Zamawiający podkreślił, iż nie jest jego intencją zaproponowanie przez Wykonawców w ofertach dopiero wykonania systemu z funkcjonalnościami wskazanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający nie przychylił się również do twierdzenia Odwołującego, że z przyczyn technicznych przeprowadzenie prezentacji jest niemożliwe w zakresie zaprezentowania podłączenia urządzeń np. tomografu komputerowego - Zamawiający nie wymaga podłączenia aparatu diagnostycznego podczas prezentacji, dopuszcza przygotowanie przez Wykonawcę gotowych obrazów testowych DICOM w taki sposób, aby Wykonawca mógł zaprezentować funkcjonalności opisane w Specyfikacji. W zakresie zarzutu dotyczącego pozycji 1005 Załącznika nr 1 do Specyfikacji Zamawiający przypomniał, że oprogramowanie stacji diagnostycznej jest przedmiotem postępowania, zatem jest uzasadnione, aby Wykonawca zaprezentował działanie stacji i jej integrację z oferowanym systemem RIS. Co do terminu wykonania prezentacji Zamawiający

stwierdził, iż nie jest w stanie przewidzieć czy zaplanowany termin składania ofert zostanie dotrzymany, ponieważ Wykonawcy w każdym czasie mogą zastosować środki ochrony prawnej, stąd niemożliwe jest wskazanie konkretnego terminu. Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca, który spełnia wymogi Specyfikacji, może przez cały okres do złożenia oferty przygotowywać się do prezentacji, aby niezwłocznie po otwarciu ofert do niej przystąpić. Zamawiający zgodził się z Odwołującym, iż prezentacja ma wyłącznie walor pomocniczy, ale jednocześnie stwierdził, iż tylko dzięki tej formie będzie w stanie ocenić czy Wykonawca oferuje system zgodny z treścią Specyfikacji. Intencją Zamawiającego, jak wyjaśnił, nie jest rozszerzanie przesłanek skutkujących odrzuceniem ofert. Sytuacja, w której oferowany SSI nie zawiera funkcjonalności żądanej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia może stanowić przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ustawy Pzp. Jednak Zamawiający przychylił się częściowo do protestu w tym zakresie i oświadczył, iż zmodyfikuje rozdział XI Specyfikacji w pkt. 11.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 9 kwietnia 2009 r. (pismem z dnia 8 kwietnia 2009 r.) odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25, art. 29 oraz art. 89 ustawy Pzp, a także art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, przez nieuwzględnienie protestu w części, w jakiej dotyczył on:

- wprowadzenia w Specyfikacji wymogu przeprowadzenia prezentacji, zgodnie z procedurą, która narusza przepisy ustawy Pzp z uwagi na niejasność użytych sformułowań oraz nałożenie na Wykonawców obowiązków prowadzących do wykonania części funkcjonalności Systemu jeszcze przed złożeniem ofert, a także nałożenia sankcji odrzucenia oferty w przypadkach, które nie zostały przewidziane w ustawie,
- żądania obniżenia rażąco zawyżonych kar umownych oraz precyzyjnego określenia przesłanek ich naliczania (§11 ust. 1 i 2 projektu umowy).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na:

- wykreśleniu z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia punktu XI „Weryfikacja ofert”, dotyczącego przeprowadzenia prezentacji, ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści punktu XI Specyfikacji w sposób zapewniający jego zgodność z ustawą Pzp, w szczególności przez precyzyjne i jednoznaczne określenie:

- a) zakresu prezentacji,
- b) listy funkcjonalności podlegających sprawdzeniu,
- c) terminu przeprowadzenia prezentacji,

- d) trybu (scenariusza) weryfikacji treści oferty w trakcie prezentacji o kryteriów ustalenia niezgodności oferty z wymaganiami Specyfikacji,
  - e) zapewnienie Wykonawcy możliwości składania wyjaśnień w trakcie prezentacji,
  - f) wykreślenie przewidzianych w pkt XI Specyfikacji sankcji odrzucenia oferty,
- obniżenie kar umownych lub doprecyzowanie warunków ich naliczania (§11 projektu umowy).

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło pismem z dnia 15 kwietnia 2009 r. Konsorcjum firm: ABG S.A., Asseco Poland S.A. i Medcore Sp. z o.o.

W dniu 22 kwietnia 2009 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał stanowisko przedstawione w rozstrzygnięciu protestu. Zamawiający podkreślił, iż jego wolą jest zakup gotowego systemu, a nie zamówienie systemu, który ma być dopiero zaimplementowany i wdrożony. Jednocześnie stwierdził, iż zgodnie z jego wiedzą, na rynku jest kilkanaście systemów informatycznych przeznaczonych do obsługi szpitali.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

**Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, a także biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do wniesienia środków ochrony prawnej. Odwołujący, jako Wykonawca, który został zaproszony do składania ofert, jest uprawniony do ubiegania się o zmianę treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia naruszających, w jego ocenie, przepisy prawa.

Jednym z zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego w odwołaniu jest wprowadzony przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymóg przeprowadzenia prezentacji. Prawo do zaproszenia Wykonawców, którzy złożyli oferty na

prezentację SSI Zamawiający zastrzegł w pkt XI Specyfikacji. Jako cel prezentacji Zamawiający określił potwierdzenie zgodności złożonej oferty z wymaganiami Zamawiającego tj. z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 1 do Specyfikacji. Żądanie przedstawienia prezentacji oferowanego systemu jest zgodne z § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.). Niewątpliwie cel, który określił Zamawiający pokrywa się z celem, o którym mówi ww. rozporządzenie, jakim jest potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Jednocześnie rozporządzenie przez użycie przez prawodawcę sformułowania „w szczególności”, pozostawia w tym zakresie otwarty katalog środków służących potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług czy robót z przedmiotem zamówienia. Wobec powyższego, żądanie przeprowadzenia prezentacji systemu SSI jest w pełni uprawnione tym bardziej, iż przedmiotem zamówienia jest gotowy system, a z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia prezentacja jest formą pozwalającą na zweryfikowanie zaoferowanego systemu z wymaganiami Zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż warunki przeprowadzenia prezentacji zostały określone w sposób precyzyjny. Zamawiający wskazał, iż prezentacja musi być przeprowadzona przez maksymalnie cztery osoby, na środowisku testowym z przykładową bazą danych, wypełnioną danymi w takim zakresie, aby możliwe było pokazanie wszystkich funkcji ujętych w Załączniku nr 1 do Specyfikacji, a wykonawca jest zobowiązany zapewnić wszelkie zasoby sprzętowe (m.in. komputery, drukarka, projektor) oraz programowe (oferowane programy, systemy operacyjne, bazy danych itp.) niezbędne do wykonania prezentacji (pkt XI ppkt 2, 3 i 4 Specyfikacji). Tym samym Zamawiający wskazał na zakres prezentacji – podlegają jej wszystkie funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego. Wymóg taki Izba uznała za uzasadniony biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotem zamówienia jest gotowy system informatyczny. Jednocześnie Zamawiający określił sposób weryfikacji ofert i udokumentowania prezentacji. Wskazał, iż w każdej z ofert zostanie sprawdzona ta sama funkcjonalność, przeprowadzenie prezentacji odbędzie się dla wszystkich wykonawców w tym samym terminie, a przebieg prezentacji będzie zarejestrowany przez Zamawiającego za pomocą kamery video lub utrwalony na innym nośniku, nagranie to będzie stanowiło załącznik do dokumentacji postępowania, a dodatkowo zostanie sporządzony pisemny protokół z prezentacji każdego wykonawcy (pkt XI ppkt 6-9 Specyfikacji). Opisany powyżej sposób przeprowadzenia prezentacji przygotowany został, w ocenie Izby, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – Zamawiający udzielił wszystkim Wykonawcom tych samych informacji o zakresie prezentacji i sposobie jej przeprowadzenia, określił, iż w każdej z ofert zostanie sprawdzona ta sama funkcjonalność,

co stawia Wykonawców na równej pozycji, co więcej, określił, iż każdy z Wykonawców przeprowadzi prezentację w tym samym dniu, co daje wszystkim Wykonawcom równy czas na przygotowanie się do niej. Rejestrowanie przebiegu prezentacji i sporządzenie protokołu stanowi z kolei o zachowaniu zasady jawności postępowania i pozwoli Wykonawcom na zapoznanie się z przebiegiem prezentacji konkurenta. Jednocześnie Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż niemożliwe jest wskazanie konkretnego terminu, w którym przeprowadzone zostaną prezentacje, bowiem Zamawiający dotąd nie mógł być pewien jaki będzie termin składania ofert, a niewątpliwie po tym terminie odbędą się prezentacje, co wynika z treści pkt XI ppkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Istotne jest, zdaniem Izby, iż wszyscy Wykonawcy będą mieli możliwość przeprowadzenia prezentacji w tym samym terminie.

Izba za uprawnione uznała także ograniczenie wprowadzone w pkt XI ppkt 10 Specyfikacji, zgodnie z którym w trakcie prezentacji niedopuszczalne jest prowadzenie przez strony dyskusji, zabieranie głosu, zadawanie pytań bądź wyjaśnianie wątpliwości. Procedura wyjaśniania treści oferty przewidziana została w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i nieuprawnione jest udzielanie przez Wykonawcę wyjaśnień w innym trybie. Należy zwrócić uwagę, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, zatem wszelkie ustne wyjaśnienia są zakazane i mogą prowadzić do niedozwolonych w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 89 ustawy Pzp. Przepis ten, jak słusznie zauważył Odwołujący, określa przesłanki odrzucenia oferty. Zamawiający przez określenie w pkt XI ppkt 6 Specyfikacji, iż „stwierdzenie pierwszej niezgodności z deklaracją w ofercie w zakresie wymagań i parametrów wymaganych skutkować będzie odrzuceniem oferty” jednoznacznie określił, iż wykryta w trakcie prezentacji niezgodność oferowanego systemu z wymaganiami Zamawiającego, które Zamawiający określił w Załączniku nr 1 do Specyfikacji, będzie stanowiła podstawę odrzucenia oferty. Powyższe jest w pełni zgodne z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji, gdy złożona przez wykonawcę oferta będzie niezgodna z treścią specyfikacji.

Wobec powyższego, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 8, art. 25 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie znalazła również podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu Odwołujący nie podniósł zarzutów wobec treści warunków udziału w postępowaniu. Takie działania byłoby również nieuprawnione na obecnym etapie postępowania, z uwagi na tryb, w jakim jest ono prowadzone. Nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.

29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Regulacja ta odnosi się wprost do przedmiotu zamówienia, tymczasem treść Specyfikacji, o której zmianę wnosi Odwołujący nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia.

Kolejny zarzut Odwołującego dotyczy wysokości określonych przez Zamawiającego w § 11 projektu umowy kar umownych. W ust. 1 § 11 projektu umowy Zamawiający wskazał, iż w przypadku opóźnienia Wykonawcy w dotrzymaniu terminu realizacji przedmiotu umowy, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia na rzecz Zamawiającego kary umownej za każdy dzień opóźnienia w wysokości 0,1% od kwoty wynagrodzenia, jednak nie więcej niż 20% wartości wynagrodzenia. W ust. 2 § 11 projektu umowy Zamawiający przewidział z kolei karę w wysokości 20% łącznej wartości wynagrodzenia w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy. Jednocześnie w ust. 3 zastrzegł, iż zastrzeżenie kar umownych nie wyłącza ani nie ogranicza prawa Zamawiającego do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych. Dodatkowo, w wyniku częściowego uwzględnienia protestu Zamawiający dodał do § 11 projektu umowy ust. 5, w którym przewidział, iż Zamawiający nie będzie naliczał kar umownych w przypadku, w którym Wykonawca w formie pisemnej wykaże, że opóźnienie wynika z niedotrzymania warunków umowy przez Zamawiającego". W ocenie Izby, nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający w opisany powyżej, kumulatywny sposób określił wysokość i rodzaj kar. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie cywilnym jest zasada swobody umów określona w art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. Swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest absolutna, doznaje ona ograniczenia w taki sposób, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku, ustawą ani zasadami współżycia społecznego. Prawo zamówień publicznych wprowadza ograniczenia swobody umów, bowiem już na etapie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem to do zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby, Zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Podkreślić należy także, iż jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający, dysponuje on środkami na realizację przedmiotowego zamówienia do dnia 31 sierpnia 2009 r., zatem szkoda w postaci opóźnienia, niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, wiąże się z utratą

możliwości realizacji zamówienia z uwagi na brak środków. Podkreślić również należy, iż modyfikacją z dnia 31 marca 2009 r. Zamawiający wprowadził możliwość uchylenia się przez Wykonawcę od zapłaty kar przez wskazanie udziału Zamawiającego w niedotrzymaniu warunków umowy tj. w opóźnieniu wykonania zamówienia. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ustawy Pzp. Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp z zakresie określenia kar umownych wydaje się być podniesiony przez Odwołującego omyłkowo.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 8, art. 22 ust. 2, art. 25, art. 29 ust. 1 i 2, art. 89 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 36 ust. 11 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....