

Sygn. akt: KIO 1534/18

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **Atende Medica Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy al. Wilanowskiej 313 (02-665 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Ochota** z siedzibą w Warszawie przy ul. Szczęśliwickiej 36 (02-353 Warszawa)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu pkt 2.1. dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu usunięcie z treści załącznika nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pn. *Wymagania obligatoryjne* pkt 1 pn. *Wymagania ogólne* poz. 117 tabeli wymogu, aby dostarczone oprogramowanie bazodanowe musiało być ogólnodostępnym rozwiązaniem komercyjnym innego producenta niż oferowany system, a tym samym dopuszczenie oferowania bazy danych tego samego producenta co oferowany system;
2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Ochota** z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Atende Medica Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od **Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Ochota** z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy **Atende Medica Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie kwotę 18 729 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę .

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Ochota z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „zamawiającym”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Zakup i wdrożenie oprogramowania niezbędnego do realizacji projektu pt. Podniesienie jakości świadczeń medycznych poprzez wdrożenie zintegrowanych systemów informatycznych w SZPZLO Warszawa - Ochota* (znak sprawy: ZP-2511-06- GK/2018), zwane dalej: „postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 czerwca 2018 r. pod nr 2018/S 120-274808.

W dniu 3 sierpnia 2018 r. wykonawca Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu (w wyniku dokonanych zmian) treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz zaniechaniu dokonania zmian zgodnie z uwzględnionym odwołaniem z dnia 6 lipca 2018 r. (KIO 1335/18) w sposób niezgodny z przepisami Pzp w zakresie:

- sformułowania (wskutek dokonanej zmiany SIWZ) treści załącznika nr 2 do SIWZ *Wymagania obligatoryjne pkt 1 Wymagania ogólne* poz. 117 tabeli w zakresie w jakim postanowienie to wymaga, aby *dostarczone oprogramowanie bazodanowe musi być (...) rozwiązaniem komercyjnym innego producenta niż oferowany system*;
- zaniechania dokonania zmiany treści załącznika 3a do SIWZ zgodnie z żądaniem odwołania z dnia 6 lipca 2018 r., a uwzględnionym (w zakresie tego zarzutu) przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 lipca 2018 r., wskutek czego postępowanie KIO 1335/18 zostało umorzone względem tego zarzutu postanowieniem z dnia 18 lipca 2018 r. tj. w sposób zmierzający do wskazania konkretnych wymagań podlegających badaniu na podstawie próbki, a niedopuszczalności badania próbki pod kątem każdej funkcjonalności określonej w załącznikach 2 i 3 do SIWZ oraz powiązania scenariusza badania próbki z konkretnymi funkcjonalnościami systemu;
- sformułowania treści załącznika 3a do SIWZ w taki sposób, że zamawiający może badać próbkę pod kątem spełnienia przez oferowane rozwiązanie wszystkich funkcjonalności oferowanego systemu określonych w załącznikach nr 2 i 3 do SIWZ, podczas gdy próbka

powinna służyć prezentacji (sprawdzeniu) jedynie skonkretyzowanych kluczowych funkcjonalności oferowanego systemu, a ponadto takie sformułowanie postanowień załącznika 3a do SIWZ skutkujące tym, że scenariusz badania próbki nie jest powiązany z konkretnymi badanymi funkcjonalnościami.

Zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w sposób nieadekwatny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego z jednoczesnym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek bezzasadnego dyskryminowania wykonawców, którzy dysponują zarówno własnym oprogramowaniem, jak i własną bazą danych;
2. art. 186 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie dokonania modyfikacji załącznika nr 3a zgodnie z żądaniem wskazanym w pkt 3.2.1 i 3.2.2 odwołania z dnia 6 lipca 2018 r. uwzględnionego w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 18 lipca 2018 r., tj. w sposób wyłączający możliwość badania próbki pod kątem spełnienia każdego wymogu (funkcjonalności) opisanego w załącznikach nr 2 i 3 do SIWZ oraz powiązania scenariusza badania próbki z konkretnymi podstawowymi wymaganiami względem oferowanego systemu;
3. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 25. ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez stawianie oferentom wymagań ponad miarę, nieproporcjonalnych do potrzeb weryfikacji, czy oferowany przez wykonawców produkt spełnia wymagania zamawiającego, a także poprzez nieuzasadnione preferowanie wykonawców dysponujących na etapie składania oferty produktem idealnie dopasowanym do produktu określonego w SIWZ, podczas gdy nie ma żadnych przeciwwskazań, aby produkty istniejące, ale nie posiadające wszystkich wymaganych funkcjonalności zostały skustomizowane na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu treści SIWZ poprzez:

- 1) usunięcia w zakresie treści załącznika nr 2 do SIWZ *Wymagania obligatoryjne* pkt 1 *Wymagania ogólne* poz. 117 tabeli postanowienia w zakresie w jakim wymaga ono, aby *dostarczone oprogramowanie bazodanowe musi być (...) rozwiązaniem komercyjnym innego producenta niż oferowany system*, a tym samym dopuszczenie oferowanie bazy danych tego samego producenta co oferowany system;
- 2) zmiany treści załącznika 3a do SIWZ zgodnie z żądaniem wskazanym w pkt 3.2.1 i 3.2.2 odwołania z dnia 6 lipca 2018 r. uwzględnionego w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 18 lipca 2018 r. (sprawa KIO 1335/18), tj. w sposób wyłączający możliwość badania próbki pod kątem spełnienia każdego wymogu (funkcjonalności)

opisanego w załącznikach nr 2 i 3 do SIWZ oraz precyzyjne określenie konkretnych punktów wymagań, które mają być weryfikowane w trakcie prezentacji;

- 3) zmiany treści załącznika 3a do SIWZ w sposób wyłączający możliwość badania próbki pod kątem spełnienia każdego wymogu (funkcjonalności) opisanego w załącznikach nr 2 i 3 do SIWZ oraz precyzyjne określenie konkretnych podstawowych (kluczowych) wymagań, które mają być weryfikowane w trakcie prezentacji.

Ponadto, wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg. przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Wskazał, że jest spółką oferującą rozwiązania informatyczne dla instytucji sektora medycznego tj. usługi zbieżne z przedmiotem zamówienia, a tym samym podmiotem żywo interesującym w uzyskaniu zamówienia, a w swojej dotychczasowej praktyce realizował wiele zamówień, których przedmiot był zbliżony do zakresu zamówienia. Dodatkowo wyjaśnił, że posiada wymagane doświadczenie, wiedzę i zasoby potrzebne do ubiegania się o zamówienie. Tymczasem w jego ocenie naruszenia Pzp, jakich dopuszcza się zamawiający, uniemożliwiają mu ubieganie się o zamówienie lub co najmniej stawiają go w wysoce niekorzystnej sytuacji względem niektórych podmiotów konkurencyjnych, skutkując brakiem zachowania zasad uczciwej konkurencji, co w konsekwencji *de facto* powoduje brak szans na pozyskanie niniejszego zamówienia. To w sposób oczywisty spowodować może szkodę w majątku odwołującego, który nie osiągnie przychodu i zysku na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie brak jest jakiegokolwiek logicznego uzasadnienia dla wprowadzenia wymogu, aby oferowana baza danych musiała być innego producenta niż oferowany system. W jego ocenie tego rodzaju ograniczenie nie jest w żaden sposób uzasadnione potrzebami zamawiającego, nie znajduje też swego technicznego uzasadnienia. Co więcej oferowanie tych dwóch produktów (systemu jak i bazy danych) przez tego samego producenta może dać odbiorcom pewne korzyści. Niewątpliwie bowiem dwa produkty tego samego producenta mogą z sobą lepiej współpracować, proces ich integracji jest znacznie ograniczony, a niekiedy wręcz nie ma takiej potrzeby (choć oczywiście nie jest tak, że różnic producenci nie mogą tak zintegrować swych produktów, że będą one współdziałać równie dobrze). Tak więc to przeciwne rozwiązanie, niż to oczekiwane przez zamawiającego mogłoby być ewentualnie uzasadnione kwestiami technicznym, natomiast to oczekiwane przez zamawiającego takiego uzasadnienia nie znajduje.

Zauważył przy tym, że pierwotna treść tego punktu takowego wymogu nie zawierała,

a zatem domniemywał, że dla zamawiającego nie miał on żadnego znaczenia. Wskazał, że wymóg ten pojawił się dopiero na etapie zmiany treści SIWZ i nie wiadomo co było przyczyną jego wprowadzenia.

W jego ocenie powyższe ograniczenie w sposób oczywisty narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez bezzasadne dyskryminowanie takich wykonawców, którzy mają oba te produkty, lecz nie mogą ich wspólnie zaoferować. Zauważył przy tym, że ograniczenie to całkowicie abstrahuje od funkcjonalności danego oprogramowania (bazy danych), a odnosi się tylko do kwestii producenta. W konsekwencji producenci zarówno systemu jak bazy danych nie mogą oferować swego rozwiązania w całości i to pomimo tego, że spełnia ono wymagania techniczne oczekiwane przez zamawiającego. W związku z powyższym wymóg konieczności oferowania systemu i bazy danych różnych producentów w jego ocenie powinien zostać wykreślony w całości.

Co do zarzutu nr 2 stwierdził, że w odwołaniu z dnia 6 lipca 2018 r. jeden z zarzutów (pkt 1.2.1 i 1.2.2 *petitum* odwołania) dotyczył treści załącznika 3a do SIWZ w zakresie w jakim określał on, że przedmiotem badania próbki mogą być wszystkie funkcjonalności systemu opisane w załącznikach nr 2 i 3 do SIWZ oraz w zakresie w jakim scenariusz testów nie był powiązany z konkretnymi funkcjonalnościami opisanymi w załącznikach nr 2 i 3 do SIWZ. Ponadto pismem z dnia 18 lipca 2018 r. zamawiający m.in. uwzględnił zarzuty opisane w pkt 1.2.1 i 1.2.2 odwołania z dnia 6 lipca 2018 r. oraz zobowiązał się do zmiany treści SIWZ zgodnie z żądaniami korelującymi z ww. zarzutami (pkt 3.2.1 i 3.2.2 odwołania). Wskazał przy tym, że zamawiający dnia 25 lipca 2018 r. na swoich stronach internetowych opublikował zmodyfikowaną treść SIWZ. Modyfikacja ta zawiera m.in. zmienione inne postanowienia SIWZ, które były kwestionowane odwołaniem z dnia 6 lipca 2018 r., jednakże zamawiający zaniechał dokonania zmiany załącznika nr 3a w powyższym zakresie. Oznacza to, że w tej części SIWZ nie uległ zmianom. Niniejsze w sposób oczywisty jego zdaniem narusza art. 186 ust. 2 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut nr 3 odwołujący wyjaśnił, że najogólniej rzecz ujmując przedmiotem zamówienia jest dostawa zintegrowanego systemu informatycznego (dalej jako „ZSI”), który składa się oprogramowania typu HIS to jest przeznaczonego do obsługi jednostek leczniczych (przede wszystkim szpitali i przychodni) oraz oprogramowania typu ERP to jest przeznaczonego do obsługi jednostek od strony administracyjnej. Wskazał przy tym, że nie ma na rynku jednego takiego produktu (systemu HIS wraz z ERP), który spełniałby oczekiwania wszystkich lub prawie wszystkich jednostek leczniczych, albowiem w każdym przypadku systemy te są kastomizowane (przystosowywane) do potrzeb konkretnego zamawiającego. Tymczasem w niniejszym postępowaniu zamawiający poprzez zaskarżone postanowienia załącznika nr 3a do SIWZ żąda, aby na etapie ubiegania się o zamówienie wykonawca dysponował *de facto* już gotowym produktem, idealnie

dopasowanym do potrzeb tego konkretnego zamawiającego. Do tego bowiem sprowadzają się w jego ocenie postanowienia zawarte w akapicie pierwszym i trzecim części pn. *Wymagania dot. prezentacji systemu*, pkt 2 część pn. *Wymagania* oraz akapit pierwszy części pn. *Scenariusz prezentacji systemu*.

Odwołujący podał, że wskazane powyżej postanowienia brzmią następująco:

- *Zamawiający zastrzega sobie możliwość sprawdzenia w formie praktycznej prezentacji wybranych i określonych w prezentacji funkcjonalności podstawowych ZSI oraz wszystkich funkcjonalności potwierdzonych przez Wykonawcę w obrębie wymagań Załącznik nr 2 i 3;*
- *Wymagania i regulamin prezentacji praktycznej (próbki) funkcjonalności podstawowych i dodatkowych opisano poniżej. Prezentacja funkcjonalności odbędzie w celu dokonania oceny zgodności z wymaganiami przedstawionymi w Załączniku nr 2 i 3;*
- *Wykonawca jest zobowiązany do przygotowania i dostarczenia wraz z ofertą na nośniku elektronicznym próbki oferowanego systemu z zakresu wybranych przez Zamawiającego spośród wskazanych w specyfikacji funkcjonalności w obrębie wymagań podstawowych oraz wszystkich funkcjonalności potwierdzonych przez wykonawcę w obrębie wymagań dodatkowych.*

Wyjaśnił przy tym, że wprowadzie załącznik nr 3a do SIWZ w pkt 5 część *Wymagania* zawiera także postanowienie *Lista weryfikowanych funkcjonalności została wskazana poniżej w Scenariuszu Prezentacji* to jednak postanowienie to sprzeczne jest z wyżej cytowanymi fragmentami. Stąd należy uznać, że ocenie zamawiającego podlegać może każda funkcjonalność oferowanego oprogramowania. W każdym jednak razie w najlepszym przypadku postanowienia załącznika nr 3a są na tyle nieprecyzyjnie sformułowane, że dają zamawiającemu zdecydowanie zbyt daleko idącą swobodę interpretacyjną i dowolność, a dla wykonawców powodują istotne ryzyko. Jakiego założenia by nie przyjąć Załącznik nr 3a powinien ulec zmianie. Podkreślił także, że *de facto* próbka jest odzwierciedleniem gotowego produktu i nie jest możliwe przygotowanie próbki bez posiadania odpowiadającego jej systemu. Co oznacza, że wykonawca musi mieć gotowy systemem idealnie dopasowany do wymagań określonych w SIWZ, których jest co najmniej kilkaset. W konsekwencji, aby mieć możliwość złożenia oferty trzeba dysponować produktem idealnie przygotowanym pod specyficzne potrzeby tego konkretnego zamawiającego. Powyższe w jego ocenie jest sprzeczne z praktyką rynkową, czyli kastomizowaniem produktów dla konkretnych zamawiających, na etapie realizacji zamówienia. Co więcej oczekiwanie zamawiającego, że producenci tego rodzaju HIS mają gotowe produkty spełniające wszystkie jego oczekiwania, albo mogą swoje systemy skastomizować już na etapie składania ofert jest nierealne i nieekonomiczne. Po pierwsze, etap składania ofert trwa zbyt krótko, aby przystosować swój produkt do tych specyficznych potrzeb, szczególnie gdy jest ich tak dużo jak w niniejszym postępowaniu. Po drugie, kastomizacja wymaga poczynienia sporych nakładów finansowych

i całkowicie nieracjonalne byłoby ponoszenie tych nakładów na etapie składania oferty, bez pewności otrzymania zamówienia. Warto tylko zauważyć, że rocznie jest ogłaszanych wiele tego typu zamówień i gdyby każdy z zamawiających miał takie oczekiwania jak w niniejszym postępowaniu, czynione na kastomizację nakłady liczone byłyby w setkach tysięcy czy nawet milionach złotych. Podkreślił przy tym, że nie kwestionuje samej potrzeby złożenia próbki ZSI oraz jej weryfikacji, jednakże próbka ta nie może być idealnym odzwierciedleniem systemu spełniającego wszystkie wymogi tego konkretnego zamawiającego, a jej weryfikacja powinna dotyczyć jedynie kluczowych funkcjonalności tego systemu, a pozostałym powinny być zrealizowane w ramach tzw. kastomizacji. Natomiast faktyczne wyłączenie konkurencji pomiędzy różnymi producentami tego rodzaju systemów (spowodowane niemożliwością ubiegania się o zamówienie przez producentów, którzy mają produkt istotnie zbliżony, ale nie tożsamy z wymaganiami) w sposób istotny wpłynie na zwiększenie ceny, albowiem producent tego oprogramowania, które jest już gotowe wiedząc, że nie ma konkurencji wśród innych producentów nie będzie miał żadnej presji na obniżenie ceny. Tym samym kwestionowane postanowienia mogą spowodować u zamawiającego szkodę znacznych rozmiarów.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 16 sierpnia 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 w całości jako bezzasadnego;
- oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 i 3 z uwagi na czynności podjęte przez zamawiającego po dacie wniesienia odwołania;
- zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W zakresie odpowiedzi na zarzut nr 1 oświadczył, że pozostawia zapis bez zmian. Po za tym zwrócił uwagę, że uwzględnienie żądania odwołującego naraża go na otrzymanie gorszego produktu. Punkt 117 załącznika 2 do SIWZ wymaga od wykonawcy wykorzystywania komercyjnej bazy danych (jak Oracle, MS SQL, IBM DB2). Z jego wiedzy wynika, że żaden z polskich producentów/dostawców ZSI nie wytwarza silnika bazy danych, który byłby ogólnie znany i przetestowany przez niezależne instytucje, w związku z czym nie może pozwolić na dostarczenie niepewnego silnika bazy danych. Zamawiający wskazał również, że nie może dopuścić do dostarczenia silnika bazy danych, który jest pochodną (przeróbką wykonaną przez dostawcę ZSI) darmowych lub opensource'owych baz jak MySQL, PostgreSQL czy MS SQL express. W trosce o swoje bezpieczeństwo i bezpieczeństwo danych wymagał, aby Silnik Bazy danych posiadał gwarancję oraz wsparcie serwisowe świadczone bezpośrednio przez producenta silnika bazy danych. Jednocześnie zapis o wymaganiu komercyjnej bazy danych innego producenta niż ZSI w jego opinii nie ogranicza konkurencji ponieważ z komercyjnych baz danych (np. MS SQL, Oracle, IBM DB2)

korzysta co najmniej 5 producentów/dostawców ZSI w Polsce. Bazy danych, o których mowa są dostępne na polskim rynku. Należy również zaznaczyć, iż sposób formułowania zapisów SIWZ przez zamawiającego ma umożliwić uczciwą konkurencję, nie ma jednak zmuszać zamawiającego do dopuszczenia wszystkich wykonawców i dostawców.

Co do odpowiedzi na zarzuty nr 2 i 3 wskazał, że dokonał zmiany załącznika 3a do SIWZ zgodnie z żądaniem wskazanym w pkt 3.2.1 i 3.2.2 odwołania z dnia 6 lipca 2018 r. w sposób wyłączający możliwość badania próbki pod kątem spełnienia każdego wymogu funkcjonalności oraz precyzyjnie określił konkretne punkty wymagań, które mają być weryfikowane w trakcie prezentacji. (do odpowiedzi na odwołanie dołączył poprawiony i opublikowany w dniu 14 sierpnia 2018 r. Załącznik 3a Scenariusz Prezentacji). Wyjaśnił ponadto, że precyzyjnie określił konkretne podstawowe (kluczowe) wymagania, które mają być weryfikowane w trakcie prezentacji. Przedmiotowe doprecyzowanie zostało dokonane przez niego przy uwzględnieniu ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 o systemie informacji w ochronie zdrowia (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1845, z 2018 r. poz.697).

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 7 sierpnia 2018 r. załącznika do odpowiedzi na odwołanie oraz dokumentów złożonych na rozprawie przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 1 (dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp), natomiast w pozostałym zakresie uznała odwołanie za bezzasadne.

Izba ustaliła co następuje.

W dniu 6 lipca 2018 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od treści SIWZ, kwestionując m.in. opis wymagań odnośnie bazy danych (załącznik nr 2 do SIWZ *Wymagania obligatoryjne* pkt 1 *Wymagania ogólne* poz. 117 tabeli) oraz postanowienia załącznika nr 3a do SIWZ w zakresie w jakim treść tego załącznika stanowiła, że przedmiotem badania próbki systemu mogą być wszystkie wymogi (funkcjonalności) systemu opisane w załącznikach nr 2 i 3 do SIWZ. Sprawa została zarejestrowana pod sygnaturą akt KIO 1335/18.

W tamtej sprawie zamawiający w dniu 18 lipca 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której m.in. uwzględnił zarzuty opisane w pkt 1.1.1, 1.2.1 i 1.2.2 odwołania z dnia 6 lipca 2018 r. oraz zobowiązał się do zmiany treści SIWZ zgodnie z żądaniami korelującymi z ww. zarzutami (pkt 3.1.1, 3.2.1 i 3.2.2 odwołania z dnia 6 lipca 2018 r.). Wskutek powyższego uwzględnienia oraz wycofania przez odwołującego pozostałych zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie postanowieniem z dnia 18 lipca 2018 r.

W dniu 25 lipca 2018 r. zamawiający na swoich stronach internetowych opublikował zmodyfikowaną treść SIWZ. Modyfikacja ta zawiera m.in. zmieniony załącznik nr 2 do SIWZ *Wymagania obligatoryjne* pkt 1 *Wymagania ogólne* poz. 117 tabeli, w której to zamawiający podał minimalne wymagania dla bazy danych i w tiret 2 tych wymagań podał, że dostarczone oprogramowanie bazodanowe musi być ogólnodostępnym rozwiązaniem komercyjnym innego producenta niż oferowany system. Natomiast zarzut nr 1.1.1. w odwołaniu z dnia 6 lipca 2018 r. w zakresie poz. 117 załącznika nr 2 SIWZ dotyczył braku zdefiniowania innych celów przez zamawiającego, do których system może być zastosowany. W tym zakresie postanowienia poz. 117 załącznika nr 2 do SIWZ pozostały bez zmian.

W dniu 14 sierpnia 2018 r. zamawiający na swoich stronach internetowych opublikował zmodyfikowaną treść SIWZ w zakresie załącznika 3a stanowiącego scenariusz prezentacji. Przedmiotowa zmiana dotyczyła także zmiany postanowień wskazanych w przedmiotowym odwołaniu tj. z dnia 3 sierpnia 2018 r. Ich zmieniona treść prezentuje się następująco:

- *Zamawiający zastrzega sobie możliwość sprawdzenia w formie praktycznej prezentacji wybranych i określonych w prezentacji funkcjonalności podstawowych ZSI oraz wszystkich funkcjonalności potwierdzonych przez Wykonawcę w obrębie wymagań Załącznik nr 3;*
- *Wymagania i regulamin prezentacji praktycznej (próbki) funkcjonalności podstawowych i dodatkowych opisano poniżej.;*
- *Wykonawca jest zobowiązany do przygotowania i dostarczenia wraz z ofertą na nośniku elektronicznym próbki oferowanego systemu z zakresu wybranych przez Zamawiającego*

spośród wskazanych w specyfikacji funkcjonalności w obrębie wymagań podstawowych oraz wszystkich funkcjonalności potwierdzonych przez wykonawcę w obrębie wymagań dodatkowych.

Jak wynika z powyższego zamawiający z kwestionowanych postanowień wykreślił załącznik nr 2 dotyczący wymagań obligatoryjnych, natomiast postanowienie zawarte powyżej w tiret 3 pozostawi bez zmian.

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby postawiony w odwołaniu zarzut nr 1 zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z tego względu każde działanie zamawiającego, w tym opis przedmiotu zamówienia, podejmowane w prowadzonym przez niego postępowaniu będzie podlegało ocenie z punktu widzenia zachowania tych podstawowych zasad. Sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powinien tym samym w maksymalnym stopniu zapewniać zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp, rozszerzonych w art. 29 ust. 2 Pzp o zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z bogatego orzecznictwa Izby w tym zakresie, które pozostaje aktualne także po nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. wynika, że do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczające jest jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych postanowień w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Przepis zawarty w art. 29 ust. 2 Pzp służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji – m.in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Naruszenie normy wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go

w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. Oznacza to, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 Pzp wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

W tym kontekście Izba przyjęła także argumentację zawartą w wyroku z dnia 19 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2280/16, w którym wskazano, że „w kontekście art. 29 ust. 2 p.z.p., Izba stwierdza za orzecznictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: »przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu« (wyrok z 26.08.2011 r., KIO 1734/11). W konsekwencji należy się zgodzić ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań, opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (wyroki KIO z 01.02.2011 r., KIO 79/11, 89/11, 90/11). Jednakowoż, w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne (...) będące przedmiotem sporu (w tym zakresie istnieje powszechna praktyka ustanawiania takich osób pełnomocnikami Zamawiającego, z uwagi na ekonomikę postępowania odwoławczego, tak również w przedmiotowym wypadku). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją”.

Izba uznała, że ograniczenie podniesione w przedmiotowym zarzucie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez bezzasadne dyskryminowanie takich wykonawców, którzy są producentami zarówno systemu jak i oprogramowania bazodanowego, lecz nie mogą ich wspólnie zaoferować. Przy tym Izba przyjęła argumentację odwołującego, że ograniczenie to całkowicie abstrahuje od funkcjonalności danego oprogramowania (bazy danych), a odnosi się do kwestii producenta. W konsekwencji producenci zarówno systemu jak bazy danych nie mogą oferować swego rozwiązania w całości i to pomimo tego, że spełnia ono wymagania techniczne oczekiwane przez zamawiającego. W związku z powyższym wymóg konieczności oferowania systemu i bazy danych różnych producentów powinien zostać wykreślony.

Jednym właściwie merytorycznym argumentem zamawiającego w zakresie

przedmiotowego zarzutu w ocenie Izby była okoliczność, że baza danych musi mieć możliwość zastosowania także do innych celów zamawiającego i w jego ocenie baza danych dostarczona przez innego producenta, niż producent systemu będzie spełniać ten postulat i będzie mogła być wykorzystana do innych komercyjnych celów i programów będących w posiadaniu zamawiającego. Argumentację tę należy uznać za gołosłowną ponieważ zamawiający w treści poz. 117 załącznika nr 2 sprowadził tę kwestię do ogólnego postulatu, że *baza musi mieć możliwość zastosowania także do innych celów Zamawiającego*, nie precyzując go, ani nie dookreślając. Narusza to także dyspozycję zawartą w art. 29 ust. 1 Pzp, która nakłada na zamawiającego przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia obowiązek opisanie go w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Mając na uwadze enigmatyczność powołanego wyżej postanowienia w ocenie Izby nie może ono stanowić uzasadnienia dla bezzasadności zarzutu nr 1.

W związku z powyższym Izba uznała, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Co do zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp należy stwierdzić, że w przypadku dokonania czynności niezgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wykonawcom przysługuje prawo korzystania ze środków ochrony prawnej (w przeciwieństwie do sytuacji, gdy czynności zamawiającego są zgodne ze zgłoszonymi żądaniami – wówczas odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp) i taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Odwołujący sformułował zarzuty nr 1 i 3, które odnosiły się do materialnoprawnych norm Pzp. W takim przypadku kwestia prawidłowości tych czynności podlegała ocenie Izby pod kątem ich zgodności z przepisami prawa określającymi obowiązki zamawiającego odnoszące się do danych czynności (z materialnoprawnymi normami zawartymi w Pzp), nie zaś z art. 186 ust. 2 Pzp. Innymi słowy, wykonawca, który twierdzi, że zamawiający nie wykonał żądań uwzględnionego odwołania, ma prawo zaskarżyć nowe brzmienie SIWZ, które tych żądań nie realizuje, ale musi podnieść zarzuty merytoryczne, oparte o przepisy Pzp odnoszące się do kształtowania treści SIWZ.

Gdyby odwołanie podlegało uwzględnieniu w przypadku stwierdzenia – od strony formalnej – że zamawiający nie zrealizował żądań uwzględnionego przez siebie odwołania, mogłoby prowadzić to do niedopuszczalnej sytuacji nakazywania egzekwowalnymi wyrokami Izby wykonywania czynności niezgodnych z przepisami prawa. Zamawiający może bowiem uwzględnić zarzuty odwołania, które są niezasadne (uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego nie podlega kontroli Izby) i zobowiązać się w ten sposób do realizacji żądań,

których skutek będzie niezgodny z przepisami prawa. W takiej sytuacji Izba musiałaby uwzględnić odwołanie oparte o zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp i nakazać zamawiającemu wykonanie czynności niezgodnych z prawem. Ponieważ sytuacja taka jest nie do zaakceptowania, w orzecznictwie Izby należy zwrócić uwagę na konieczność takiej interpretacji ww. przepisu, która uwzględnia cele procedury udzielania zamówień publicznych i zasady całego porządku prawnego. Interpretacja ta prowadzi do wniosku, że norma wynikająca z art. 186 ust. 2 Pzp wywołuje skutki procesowe w toku postępowania odwoławczego, nie stanowi jednak samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie mogłoby stanowić podstawę do nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Takie wnioski wynikające z orzecznictwa Izby, które należy w pełni podzielić, zostały przedstawione w Załączniku nr 1 do Uchwały Nr 3/2013 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2013 r. *Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.*

W związku z tym, że w przedmiotowej sprawie odwołujący postawił inne zarzuty oparte na normach materialnoprawnych Izba przedmiotowy zarzut uznała za bezzasadny.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 dotyczącego treści załącznika 3a pn.: *Scenariusz Prezentacji* Izba uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie. Jednym z kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, któremu zamawiający przyznał wagę 30% jest kryterium pn.: *Funkcjonalności dodatkowe Sytemu*. W ramach tego kryterium ocenie podlegają prezentacje wymagań dodatkowych zadeklarowanych przez wykonawcę i przedstawionych w złożonej ofercie zgodnie z załącznikiem nr 3 pn.: *Wymagania Dodatkowo Punktowane*. Przy rozstrzygnięciu przedmiotowej kwestii Izba wzięła pod uwagę okoliczność zmiany treści tego załącznika, która została dokonana w dniu 14 sierpnia 2018 r. Dokonane zmiany pozwalają stwierdzić, że prezentacja ma dotyczyć wybranych i określonych w scenariuszu prezentacji funkcjonalności podstawowych ZSI oraz wszystkich funkcjonalności, potwierdzonych przez wykonawcę, ale w obrębie wymagań załącznika nr 3.

Izba uznała, że przedmiotowy wymóg nie narusza wskazanych w zarzucie przepisów, a także wynika z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Po pierwsze w ocenie Izby prezentacja nie ma dotyczyć wszystkich funkcjonalności, ale wybranych i określonych w scenariuszu prezentacji funkcjonalności podstawowych ZSI oraz wszystkich funkcjonalności dodatkowych. Potwierdza to także pkt 5 części opatrzonej nagłówkiem *Wymagania* załącznika nr 3a, z którego wynika, że lista weryfikowanych funkcjonalności została wskazane poniżej (w tym załączniku) w części dotyczącej scenariusza prezentacji. Poza tym w celu ułatwienia wykonawcom czynności przygotowania próbki na potrzeby przedmiotowego zamówienia w zmienionym 14 sierpnia 2018 r. załączniku nr 3a od str. 4 tj. od fragmentu dotyczącego scenariusza prezentacji systemów do końca została w tabelach

dodana kolumna nr 3, wskazująca na przykładowe wymogi z załącznika nr 2 do SIWZ. Po drugie skoro zamawiający będzie przyznawał dodatkowe punkty za podane przez wykonawcę funkcjonalności to znajduje uzasadnienie wymóg zbadania przez niego i potwierdzenia tych wszystkich dodatkowych funkcjonalności. W przeciwnym razie czynność oceny ofert w kontekście tego kryterium może okazać się iluzoryczna i nierzetelna.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, art. 25. ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez stawianie oferentom wymagań ponad miarę, nieproporcjonalnych do potrzeb weryfikacji, czy oferowany przez wykonawców produkt spełnia wymagania zamawiającego, a także poprzez nieuzasadnione preferowanie wykonawców dysponujących na etapie składania oferty produktem idealnie dopasowanym do produktu określonego w SIWZ, podczas gdy nie ma żadnych przeciwskażeń, aby produkty istniejące, ale nie posiadające wszystkich wymaganych funkcjonalności zostały skastomizowane na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie ziszczenia się zarzutu postawionego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: