

WYROK

z dnia 18 czerwca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2013 roku przez wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Lublinie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie następujących zmian w ogłoszeniu o zamówieniu:

1) **wykreślenie w Załączniku nr 3 – wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – pkt 2 i 4 tego załącznika;**

2) **w sekcji II.1.5 – Krótki opis przedmiotu zamówieni – pkt VI otrzymuje brzmienie:**

„(...)systemu na komputerze przenośnym (laptop) z zainstalowanymi, wskazanymi wcześniej w SIWZ wybranymi modułami przedstawionymi w ofercie, wraz z działającą testową bazą danych oraz wszelkimi niezbędnymi do prawidłowego działania systemu elementami umożliwiającymi prawidłowe działanie systemu, takimi jak zmienne środowisko, biblioteki systemowe, serwery www, komponenty systemu operacyjnego. Próbka ma pozwalać na zaprezentowanie funkcji wskazanych w scenariuszu prezentacji. Zamawiający określi w scenariuszu, które funkcje zawarte w próbce będzie weryfikował podczas prezentacji.

Scenariusz ten zostanie przesłany jednocześnie wszystkim wykonawcom wraz z zaproszeniem na dokonanie prezentacji na co najmniej 5 dni przed jej datą.”

3) w sekcji II.1.5 – Krótki opis przedmiotu zamówieni – pkt IV.5 otrzymuje brzmienie:

„a. Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z wiążącą go umową licencyjną z twórcami posiadanych systemów informatycznych, nie jest w posiadaniu kodów źródłowych tych systemów.

b. Zamawiający nie narzuca Wykonawcom sposobu integracji i dopuszcza zarówno integrację z wykorzystaniem protokołów HL7, mechanizmów bazodanowych i innych uzgodnionych pomiędzy Wykonawcą i dostawcą systemów posiadanych lub uzyskanych przez Wykonawcę jako rezultat tzw. dozwolonej dekompilacji.

c. W przypadku, gdy załączona do SIWZ dokumentacja interfejsów wymiany danych okaże się niewystarczająca do uzyskania wymaganego zakresu integracji, uzyskanie uzupełnienia opisów interfejsów do integracji z wymienionymi w SIWZ systemami będzie obowiązkiem Wykonawcy.

d. Zamawiający dopuszcza – na podstawie art. 75 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo autorskie – konieczność dokonania przez Wykonawcę dekompilacji modułów systemów, dotychczas wykorzystywanych przez Zamawiającego, poprzez zwielokrotnienie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust.4 pkt 1 i 2 ustawy Prawo autorskie, jeżeli będzie to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania modułów tych systemów z ZSI dostarczonym w ramach realizacji zamówienia. Zamawiający udzieli w tym zakresie Wykonawcy niezbędnych uprawnień w zakresie czynności niezbędnych do osiągnięcia współdziałania tych modułów z ZSI dostarczonymi przez Wykonawcę, a uzyskane informacje nie będą :

- wykorzystywane do innych celów niż osiągnięcie współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego,

- przekazane innym osobom, chyba że jest to niezbędne do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego;

- wykorzystane do rozwijania, wytwarzania lub wprowadzania do obrotu programu komputerowego o istotnie podobnej formie wyrażenia lub do innych czynności naruszających prawa autorskie.

e. Koszty integracji są częścią kosztu oferty składanej przez Wykonawcę na dostawę i wdrożenie ZSI. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w ofercie pełny koszt wykonania integracji i uwzględniający również, o ile będzie to konieczne, wykonanie modyfikacji interfejsów wymiany danych posiadanych systemów oraz zakup niezbędnych do integracji licencji.

f. Zakres wymaganej integracji z podanymi w ogłoszeniu o zamówieniu systemami zostanie szczegółowo określony w SIWZ.”

4) w sekcji II.1.5 – Krótki opis przedmiotu zamówieni – pkt V.10 otrzymuje brzmienie: „Interfejs użytkownika, co najmniej w zakresie obsługi funkcjonalności: ruchu chorych, apteki szpitalnej, apteczki oddziałowej i rozliczeń z NFZ, medycznych zleceń wewnętrznych (leki, diagnostyka, zabiegi, konsultacje) wraz z potwierdzeniem wykonania; jest dostępny z poziomu przeglądarki internetowej, i nie wymaga instalowania żadnego dodatkowego oprogramowania na stacjach klienckich oraz użycia emulatorów. System umożliwia pracę z poziomu minimum dwóch spośród trzech najbardziej popularnych przeglądarek: obligatoryjnie MS Internet Explorer (wersja minimum 8) oraz Mozilla Firefox lub Google Chrome – wersje aktualne”.

5) w sekcji II.1.5 – Krótki opis przedmiotu zamówieni – pkt V.11 otrzymuje brzmienie: „System w zakresie bazy danych oraz modułów funkcjonuje w oparciu o platformę serwerową MS Windows 2008 lub 2012 lub równoważną, przy czym w razie oferowania Systemu funkcjonującego w oparciu o platformę równoważną do platformy serwerowej MS Windows 2008 lub 2012 Wykonawca w ramach oferowanej ceny za przedmiot zamówienia zobowiązany jest dostarczyć rozwiązanie spełniające szczegółowe wymagania określone w SIWZ”.

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Lublinie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Lublinie** na rzecz **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 3 czerwca 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, odwołanie złożył wykonawca - CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (zwany dalej „Odwołującym”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę, instalację, konfigurację i uruchomienie Zintegrowanego Systemu Informatycznego obsługującego część medyczną i administracyjną działalności szpitala dla SP ZOZ MSW w Lublinie - ZP /12/2013” w trybie przetargu ograniczonego prowadzi Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Lublinie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym WE pod numerem 2013/S 099-169164 w dniu 24 maja 2013 roku.

Odwołanie złożono wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu sporządzonego w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3-4 Pzp w związku z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231), dalej jako „rozporządzenie o dokumentach”, poprzez wprowadzenie w Ogłoszeniu sankcji odrzucenia oferty (pkt 11.1.5 - krótki Opis przedmiotu zamówienia - pkt VI), w przypadku gdy w trakcie prezentacji próbki okaże się, że próbka systemu nie spełnia wymagań funkcjonalnych SIWZ, w sytuacji gdy do próbki stosuje się przepisy o dokumentach, co w razie nieprawidłowości jej dotyczących nakazuje wezwać Wykonawcę do jej poprawy lub uzupełnienia;
2. art. 25 ust. 1 Pzp, art. 48 ust. 2 pkt 7 Pzp poprzez wprowadzenie obowiązku dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentów potwierdzających, że osoby wykazane w zakresie spełnienia warunku dysponowania odpowiednimi osobami do wykonania zamówienia posiadają stosowne kwalifikacje i wykształcenie, w sytuacji gdy obowiązujące przepisy ustawy Pzp oraz rozporządzenia o dokumentach nie przewidują możliwości żądania przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających kwalifikacje i wykształcenie osób uczestniczących w realizacji zamówienia oraz zaniechania dołączenia informacji o tych dokumentach do ogłoszenia o zamówieniu;
3. art. 29 ust. 1-2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu dostarczenia wraz z ofertą próbki Zintegrowanego Systemu Informatycznego z działającymi

wszystkimi funkcjonalnościami, wszystkich modułów przedstawionych w ofercie, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, z uwagi na konieczność dostarczenia części przedmiotu świadczenia w czasie przewidzianym na złożenie oferty (pkt 11.1.5 - krótki Opis przedmiotu zamówienia - pkt VI);

4. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu przeprowadzenia integracji istniejących systemów z dostarczonymi systemami, przy czym Zamawiający wymaga, że poniesienie kosztów integracji z systemami posiadanymi przez Zamawiającego będą obowiązkiem Wykonawcy (pkt 11.1.5 - krótki Opis przedmiotu zamówienia - pkt IV. 5.b);

5. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 i 3 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu aby System umożliwiał pracę z poziomu najbardziej popularnych przeglądarek, co najmniej MS Internet Explorer, Mozilla Firefox, Google Chrome (pkt 11.1.5 - krótki Opis przedmiotu zamówienia - pkt V.10);

6. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2-3 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu aby System w zakresie bazy danych oraz modułów funkcjonował w oparciu o platformę serwerową MS Windows 2008 lub 2012 (pkt 11.1.5 - krótki Opis przedmiotu zamówienia - pkt V.II).

Mając na uwadze podniesione zarzuty wnoszono o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp. Uchybienia te dotyczą warunków udziału i opisu przedmiotu zamówienia, który został ukształtowany w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Dotyczy to wymogu obsługi konkretnego systemu operacyjnego, działania systemu z konkretnymi trzema przeglądarkami www, integracji z systemami posiadanymi już przez Zamawiającego. Wymogi Zamawiającego stanowią nieuprawnione ograniczenie konkurencji, naruszenia ustawy PZP i mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie wniosku i oferty w postępowaniu. Jakkolwiek postępowanie prowadzone jest w procedurze ograniczonej, to jednak już w samym ogłoszeniu znajduje się opis samego przedmiotu zamówienia. Wobec konieczności zachowania zgodności SIWZ z treścią ogłoszenia już na obecnym etapie istnieje konieczność podjęcia obrony praw Odwołującego naruszonych przez Zamawiającego. Działanie Zamawiającego narusza bowiem Jego interes, ponieważ może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym zarobku.

Odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, od odwołania uiszczono wpis w wymaganej wysokości na wskazany rachunek bankowy UZP.

W uzasadnieniu wskazano:

Ad. 1.

Zamawiający w Ogłoszeniu opisał sposób weryfikacji próbki dostarczanego Zintegrowanego Systemu Informatycznego Szpitala, stwierdzając m.in., iż:

„Stwierdzenie jakiegokolwiek niezgodności z deklarowaną przez Wykonawców w ofercie odpowiedzią TAK, w zakresie wymagań i parametrów, skutkować będzie odrzuceniem oferty.”

Odwołujący wskazuje, że w świetle przepisów rozporządzenia o dokumentach próbka traktowana jest jako dokument niezależnie od formy w jakiej jest ona składana. Powyższe nakazuje stosować do próbki przepisy dotyczące dokumentów, w tym przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. W przypadku, gdy złożona próbka okazałaby się wadliwa, ewentualnie w trakcie prezentacji nie byłoby możliwe zaprezentowanie którejkolwiek z funkcjonalności obowiązkiem Zamawiającego jest wezwać wykonawcę do złożenia prawidłowej próbki. Tym samym wprowadzenie sankcji odrzucenia oferty bez przeprowadzenia obowiązkowej procedury uzupełnienia/poprawy próbki stanowi naruszenie art. 26 ust. 3-4 Pzp, co potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z treści ogłoszenia postanowienia dotyczącego odrzucenia oferty w przypadku stwierdzenia niezgodności próbki z treścią złożonej oferty i wprowadzenie w to miejsce obowiązku przeprowadzenia procedury wyjaśnienia/uzupełniania dokumentów zgodnej z art. 26 ust. 3-4 Pzp.

Ad. 2.

Zamawiający w Załączniku nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w pkt 2 wymaga:

„Do wykazu należy załączyć dokumenty potwierdzające, że osoby w nim ujęte posiadają stosowne kwalifikacje zawodowe, wykształcenie”.

W dalszej kolejności, w pkt 4 Załącznika nr 3 Zamawiający wprowadza następujące postanowienie:

„Zamawiający będzie brał pod uwagę tylko osoby, dla których załączono dokumenty wymienione w pkt. 2.”

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w toku postępowania może wymagać jedynie takich dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Jeśli chodzi

o warunki udziału w postępowaniu katalog dokumentów, jakich może żądać Zamawiający określa przepis § 1 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach. Przepis ten nie pozwala jednak domagać się do wykonawców złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie opisanych w tym postępowaniu kwalifikacji i wykształcenia. Dodatkowo warunek opisany w Załączniku nr 3 nie znajduje się w ogłoszeniu. W tej sytuacji kwestionowane postanowienie Załącznika nr 3 pkt 2 i 4 naruszają regulacje art. 25 ust. 1 Pzp zaś ich brak powielenia w samym ogłoszeniu art. 48 ust 2 pkt 7).

Z tych względów Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie Załącznika nr 2 pkt 2 i 4 w całości.

Ad. 3.

Zamawiający w ogłoszeniu wymaga w sekcji 11.1.5 (Krótki Opis przedmiotu zamówienia) pkt VI systemu na komputerze przenośnym (laptop) z zainstalowanymi wszystkimi modułami przedstawionymi w ofercie, wraz z działającą testową bazą danych oraz wszelkimi niezbędnymi do prawidłowego działania systemu elementami umożliwiającymi prawidłowe działanie systemu, takimi jak zmienne środowiskowe, biblioteki systemowe, serwery WWW, komponenty systemu operacyjnego itp.

Tak szeroki opis zawierający wymaganie dostarczenia całości oprogramowania na próbcie wymaga spełnienia całości świadczenia będącego przedmiotem zamówienia już na etapie składania oferty. Podkreślić zaś należy, że zgodnie z ogłoszeniem na dostawę samych licencji Wykonawca ma co najmniej 8 tygodni od daty podpisania umowy. Tym samym wymóg dostarczenia w pełni funkcjonalnej próbki całego systemu powoduje ograniczenie konkurencji. Praktyka w tym zakresie ogranicza próbkę do wąskiego zakresu kilkudziesięciu funkcji lub zadań do pokazania na prezentacji i to wraz z szczegółowym ich opisaniem w SIWZ. Brak tych informacji stanowić zaś będzie o niekompletności opisu przedmiotu zamówienia. Taki wymóg skutkuje również naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Z tych względów Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmianę wskazanego postanowienia ogłoszenia na: systemu na komputerze przenośnym (laptop) z zainstalowanymi wskazanymi w SIWZ wybranymi modułami przedstawionymi w ofercie, wraz z działającą testową bazą danych oraz wszelkimi niezbędnymi do prawidłowego działania systemu elementami umożliwiającymi prawidłowe działanie systemu, takimi jak zmienne środowiskowe, biblioteki systemowe, serwery WWW, komponenty systemu operacyjnego pozwalającymi na zaprezentowanie funkcji wskazanych w scenariuszu prezentacji będącym załącznikiem do SIWZ.

Ad. 4.

Zamawiający w sekcji 11.1.5 - krótki Opis przedmiotu zamówienia - pkt IV. 5.b nakłada na Wykonawcę obowiązek poniesienia kosztów integracji systemami już posiadanymi. Zapisy te naruszają zasady równego traktowania wykonawców ponieważ tylko producenci tych systemów mają możliwości przystosowania ich do integracji i w związku z tym że są to podmioty konkurencyjne do Wykonawcy nie mają obowiązku zaoferowania tego typu rozwiązań uniemożliwiających złożenie oferty innym podmiotom. Tym samym warunki integracji określone przez Zamawiającego uniemożliwią złożenie oferty podmiotom innym niż dostawcy systemów funkcjonujących u Zamawiającego, to zaś jest równoznaczne z naruszeniem zasady konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców.

Z tych względów Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmianę pkt 11.1.5 - krótki Opis przedmiotu zamówienia - pkt IV. 5.b na Koszty integracji z systemami posiadanymi przez Zamawiającego wynikające z prac prowadzonych po stronie dostarczanego systemu ponosić będzie Wykonawca. Zamawiający zapewnia, że wykonanie integracji posiadanych systemów będzie możliwe przy wykorzystaniu jednego z otwartych standardów wymiany danych np. HL7 lub przy pomocy web services.

Ad.5.

Zamawiający w sekcji 11.1.5 - krótki Opis przedmiotu zamówienia - pkt V.10 wymaga, aby dostarczany system obsługiwał 3 wskazane w ogłoszeniu przeglądarki internetowe. Wykonawca wskazuje, że tak sformułowane wymagania ogranicza konkurencję, ponieważ większość dostawców na rynku nie posiada obsługi tych wszystkich przeglądarek. Dodatkowo podkreślić należy, że na rynku istnieje wiele przeglądarek internetowych i praktycznie wszystkie z nich są darmowe (dotyczy to w szczególności przeglądarek wymaganych przez Zamawiającego). Wymóg dostosowania się do aż trzech przeglądarek jest więc nadmiarowym i dyskryminującym, co stanowi o naruszenia zasady konkurencyjności.

Z tych względów Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmianę w pkt 11.1.5 - krótki Opis przedmiotu zamówienia - pkt V.10 na: System umożliwiał pracę z poziomu 2 najbardziej popularnych przeglądarek tj. spośród MS Internet Explorer, Mozilla Firefox, Google Chrome i Opera.

Ad. 6.

Zamawiający w pkt 11.1.5 - krótki Opis przedmiotu zamówienia - pkt V.II wskazuje konkretny produkt (platforma serwerowa MS Windows 2008 lub 2012), który musi być wykorzystany przez Wykonawców. Powyższe narusza zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a także art. 29 ust. 3 Pzp poprzez eliminowanie z możliwości składania ofert firm oferujących inne rozwiązania równoważne. Na rynku istnieje szereg

dostępnych systemów operacyjnych, w tym z otwartym kodem źródłowym i wskazywanie konkretnego produktu stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Z tych względów Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 11.1.5 - krótki Opis przedmiotu zamówienia - pkt V.II.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, zgodnie z wnioskami w nim zawartymi.

W dniu 14 czerwca 2013 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. Uznał on w części zarzuty podnoszone w odwołaniu, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosnie zarzut pierwszego wskazano, że wniosek o zmianę treści ogłoszenia jest bezzasadny. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie (np. KIO/UZP 1269/09, KIO/UZP 1420/08, KIO/UZP 1465/08) w przypadku niezgodności testowanego systemu informatycznego z wymaganiami technicznymi przedmiotu zamówienia określonymi w SIWZ należy odrzucić ofertę ze względu na niezgodność oferty z treścią SIWZ, nie zaś wezwać do uzupełnienia prezentacji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Rozróżnić bowiem należy niezłożenie dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego od złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego (...). W sytuacji, gdy w trakcie prezentacji próbki systemu okaże się, że próbka nie spełnia wymagań funkcjonalnych SIWZ, nie można zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Takie działanie prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców, w zakresie w jakim w stosunku do co niektórych wykonawców dopuszczaloby możliwość dokonywania poprawek do oferowanego systemu po terminie składania ofert.

Drugi zarzut został w całości uwzględniony przez Zamawiającego, który zobowiązał się wykreślić z Załącznika nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pkt 2 i 4 tego załącznika.

W przypadku trzeciego zarzutu Zamawiający zgodził się z propozycją wykonawcy, zaznaczył że dokona stosowanej korekty ogłoszenia o zamówieniu, w sekcji II.1.5. (krótki opis przedmiotu zamówienia) pkt VI otrzyma brzmienie:

„(...)systemu na komputerze przenośnym (laptop) z zainstalowanymi, wskazanymi wcześniej w SIWZ wybranymi modułami przedstawionymi w ofercie, wraz z działającą testową bazą danych oraz wszelkimi niezbędnymi do prawidłowego działania systemu elementami umożliwiającymi prawidłowe działanie systemu, takimi jak zmienne środowisko, biblioteki systemowe, serwery www, komponenty systemu operacyjnego. Próbka ma pozwalać na zaprezentowanie funkcji wskazanych w scenariuszu prezentacji. Zamawiający określi

w scenariuszu, które funkcje zawarte w próbce będzie weryfikował podczas prezentacji. Scenariusz ten zostanie przesłany jednocześnie wszystkim wykonawcom wraz z zaproszeniem na dokonanie prezentacji na co najmniej 5 dni przed jej datą.”

Co do czwartego z zarzutów w odwołaniu, Zamawiający oświadczył, że jest licencjobiorcą systemów informatycznych wskazanych w treści ogłoszenia, z którymi integracji wymaga. Licencja nie uprawnia go do dostępu do kodów źródłowych tych systemów. Obowiązkiem wykonawcy będzie wykonanie integracji w wymaganym i opisanym w SIWZ zakresie funkcjonalnym. Zamawiający wystąpi do dostawców obecnie używanych systemów o udostępnienie dokumentacji interfejsów wymiany danych i dołączy ją do SIWZ. Zamawiający nie jest jednak w stanie zapewnić, że zakres integracji wymagany dla osiągnięcia zamierzonych efektów wykorzystania możliwości funkcjonalnych ZSI, nie będzie wykraczał ponad zakres możliwy do osiągnięcia przez HL7. Z tej przyczyny Zamawiający nie narzuca wykonawcom sposobu integracji i dopuszcza zarówno integrację z wykorzystaniem protokołów HL7, mechanizmów bazodanowych lub innych uzgodnionych między wykonawcą a dostawcą systemów posiadanych.

Podkreślono, że nie jest prawdą, że jedynym podmiotem, który będzie w stanie przeprowadzić integrację jest producent systemu, z którym zaproponowany ma być integrowany. Zgodnie z art. 75 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo autorskie nie wymaga zgody uprawnione zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2, jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi o ile zostaną spełnione określone przepisem warunki (...). Zamawiający jako licencjobiorca zobowiązuje się do wymaganego współdziałania w tym zakresie, w szczególności przez upoważnienie wykonawcy do dokonania takiej dekompilacji kodu. W związku z powyższym Zamawiający doprecyzowuje postanowienia sekcji II.1.5 pkt IV.5 ogłoszeni o zamówieniu, nadając im treść:

„a. Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z wiążącą go umową licencyjną z twórcami posiadanych systemów informatycznych, nie jest w posiadaniu kodów źródłowych tych systemów.

b. Zamawiający nie narzuca Wykonawcom sposobu integracji i dopuszcza zarówno integrację z wykorzystaniem protokołów HL7, mechanizmów bazodanowych i innych uzgodnionych pomiędzy Wykonawcą i dostawcą systemów posiadanych lub uzyskanych przez Wykonawcę jako rezultat tzw. dozwolonej dekompilacji.

c. W przypadku, gdy załączona do SIWZ dokumentacja interfejsów wymiany danych okaże się niewystarczająca do uzyskania wymaganego zakresu integracji, uzyskanie uzupełnienia

opisów interfejsów do integracji z wymienionymi w SIWZ systemami będzie obowiązkiem Wykonawcy.

d. Zamawiający dopuszcza – na podstawie art. 75 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo autorskie – konieczność dokonania przez Wykonawcę dekompilacji modułów systemów, dotychczas wykorzystywanych przez Zamawiającego, poprzez zwielokrotnienie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust.4 pkt 1 i 2 ustawy Prawo autorskie, jeżeli będzie to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania modułów tych systemów z ZSI dostarczonym w ramach realizacji zamówienia. Zamawiający udzieli w tym zakresie Wykonawcy niezbędnych uprawnień w zakresie czynności niezbędnych do osiągnięcia współdziałania tych modułów z ZSI dostarczonymi przez Wykonawcę, a uzyskane informacje nie będą :

- wykorzystywane do innych celów niż osiągnięcie współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego,
- przekazane innym osobom, chyba że jest to niezbędne do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego;
- wykorzystane do rozwijania, wytwarzania lub wprowadzania do obrotu programu komputerowego o istotnie podobnej formie wyrażenia lub do innych czynności naruszających prawa autorskie.

e. Koszty integracji są częścią kosztu oferty składanej przez Wykonawcę na dostawę i wdrożenie ZSI. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w ofercie pełny koszt wykonania integracji i uwzględniający również, o ile będzie to konieczne, wykonanie modyfikacji interfejsów wymiany danych posiadanych systemów oraz zakup niezbędnych do integracji licencji.

f. Zakres wymaganej integracji z podanymi w ogłoszeniu o zamówieniu systemami zostanie szczegółowo określony w SIWZ.”

Odnosnie zarzutu piątego Zamawiający wyjaśnił, że wymienione w opisie przedmiotu zamówienia przeglądarki są trzema najpopularniejszymi dostępnymi na rynku. Wszystkie stanowiska komputerowe, które posiada Zamawiający pracują w oparciu o system operacyjny MS Windows. System ten w standardzie wyposażony jest w przeglądarkę internetową Internet Explorer. W ten sposób Zamawiający uniknie obciążania starszych stanowisk komputerowych instalacją dodatkowego oprogramowania, co mogłoby skutkować wolniejszą pracą komputera. Dodatkowo, Zamawiający zakłada i oczekuje, że jego personel będzie miał możliwość pracy w ZSI poza siedzibą, na potrzeby dyżurów „pod telefonem” lub konsultacji „ad hoc”, a z przeprowadzonej analizy preferencji pracowników medycznych wynika, że zdecydowana większość z nich w domu używa przeglądarki Internet Explorer. Wymogu, aby ZSI umożliwiał pracę z poziomu najbardziej popularnych przeglądarek, co

najmniej MS Internet Explorer, Mozilla Firefox, Google Chrom nie można nazwać nadmiarowym czy dyskryminującym, stanowi on bowiem przejaw racjonalnej polityki finansowej Zamawiającego i wyraz jego sprecyzowanych – z uwagi na obiektywną sytuację rynkową i technologiczną- oczekiwań.

Zamawiający zobowiązał się, że dokona stosowanej korekty ogłoszenia o zamówieniu w sekcji II.1.5. – krótki opis przedmiotu zamówienia – pkt V.10. przez nadanie mu brzmienia:

„Interfejs użytkownika, co najmniej w zakresie obsługi funkcjonalności: ruchu chorych, apteki szpitalnej, apteczki oddziałowej i rozliczeń z NFZ, medycznych zleceń wewnętrznych (leki, diagnostyka, zabiegi, konsultacje) wraz z potwierdzeniem wykonania; jest dostępny z poziomu przeglądarki internetowej, i nie wymaga instalowania żadnego dodatkowego oprogramowania na stacjach klienckich oraz użycia emulatorów. System umożliwi pracę z poziomu minimum dwóch spośród trzech najbardziej popularnych przeglądarek: obligatoryjnie MS Internet Explorer (wersja minimum 8) oraz Mozilla Firefox lub Google Chrome – wersje aktualne”.

W przypadku ostatniego z zarzutów Zamawiający zobowiązał się dokonać korekty ogłoszenia w sekcji II.1.5. – Krótki opis przedmiotu zamówienia – pkt V.11 przez nadanie mu brzmienia:

„System w zakresie bazy danych oraz modułów funkcjonuje w oparciu o platformę serwerową MS Windows 2008 lub 2012 lub równoważną, przy czym w razie oferowania Systemu funkcjonującego oparciu o platformę równoważną do platformy serwerowej MS Windows 2008 lub 2012 Wykonawca w ramach oferowanej ceny za przedmiot zamówienia zobowiązany jest dostarczyć rozwiązanie spełniające szczegółowe wymogi określone w SIWZ”.

Końcowo, wskazano, że w zakresie nie uwzględnionym przez Zamawiającego i skutkującym zmianami ogłoszenia o zamówieniu, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie Strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, stanowisk i oświadczeń stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, Odwołujący mógłby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, iż Odwołujący przywołał kwestionowane zapisy ogłoszenia o zamówieniu w sposób zgodny z rzeczywistością.

Na rozprawie, po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie, Odwołujący oświadczył, że satysfakcjonują go zmiany treści dokumentu - ogłoszenie o zamówieniu, w brzmieniu proponowanym przez stronę Zamawiającą w przypadku zarzutów 2, 3 oraz 6. Formalnie nie cofnął jednak tych zarzutów. Sporne pozostały zatem kwestie podniesione i opisane w zarzutach 1, 4, 5 odwołania.

Kwestią ogólną wymagającą rozstrzygnięcia, jest ocena prawna oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie o zamiarze dokonania zmian w ogłoszeniu o zamówieniu w brzmieniu zaproponowanym odpowiedzią na odwołanie. Oświadczenie to bowiem częściowo czyni zadość oczekiwaniom Odwołującego określonym w odwołaniu. Zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Umorzenie postępowania możliwe jest jedynie w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania. Niemożliwe jest również pominięcie i nierozpoznanie zarzutów, które Odwołujący cały czas popiera.

Tym samym fakt zadeklarowania przez Zamawiającego na rozprawie wprowadzenia stosowanych korekt w ogłoszeniu o zamówieniu pokrywających się z zarzutami sformułowanymi w odwołaniu uznać należy za potwierdzenie zasadności części zarzutów odwołania, inaczej przyznanie okoliczności procesowo istotnych. Dopiero jednak

uwzględnienie odwołania przez Izbę spowoduje, że Zamawiający będzie miał obowiązek dokonania żądanych przez Odwołującego czynności. *„Pogląd, że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania powoduje, że upada możliwość uwzględnienia ich w sentencji orzeczenia odnosić się może jedynie do sytuacji dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania przed zamknięciem rozprawy. Tylko w takiej sytuacji naruszenia przepisów, których dopuścił się zamawiający nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania i nakazywanie zmian, których zamawiający już dokonał jest niecelowe”.* (za wyroku z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: KIO 89/11, sygn. akt: KIO 90/11).

Z uwagi na zaistniałą sytuację i złożenie oświadczenia przez Zamawiającego ale fizyczne niewykonanie zapowiedzianej czynności, konieczne było uwzględnienie odwołania w zakresie i w sposób opisany w odpowiedzi na odwołanie (zarzuty 2, 3, 6), jak również w zakresie zarzutów 4 i 5 (spornych między Stronami) odwołania w zakresie opisanym poniżej w uzasadnieniu wyroku. Przy czym w tym miejscu warto również zauważyć, że Izba, w przeciwieństwie do Zamawiającego, zakresem żądań sformułowanych przez Odwołującego nie jest związana. O ile uznano zasadność dwóch podniesionych w odwołaniu zarzutów, to w przypadku żądań za czyniące im zadość uznano brzmienie ogłoszenia o zamówieniu o charakterze zaproponowanym przez Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się jedynie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08).

To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i niewątpliwie posiada uprawnienia pozwalające mu określić przedmiot zamówienia stosownie do jego potrzeb. Ograniczenie tego uprawnienia wyznacza jednak art. 29 ust. 2 zakazujący opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zasada opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym

dokonania rzetelnej oceny ofert (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

Dokonując oceny zasadności zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp (zarzut 4 w odwołaniu) w zakresie w jakim Zamawiający wymaga przeprowadzenia integracji istniejących systemów z dostarczanymi, czy czym poniesienie kosztów integracji leży po stronie Wykonawcy, biorąc pod uwagę żądanie Odwołującego i propozycję zmiany ogłoszenia wskazaną w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego, uznano, że propozycja ta wyczerpuje i czyni zadość żądaniom strony Odwołującej. Zamawiający zaznaczył, że nie będzie ingerował w wybór sposobu integracji, decyzję tę pozostawiając w całości w gestii Wykonawców. Zamawiający dopuścił integrację z wykorzystaniem protokołu HL7 (o co wnosił Odwołujący), jak również za pomocą innych narzędzi, np. mechanizmów bazodanowych. Jednocześnie Zamawiający zobowiązał się do załączenia do SIWZ dokumentacji interfejsów wymiany danych, a jeżeli będzie to niewystarczające - do umożliwienia dekompilacji kodu źródłowego. Strona Zamawiająca zobowiązała się również do współpracy przy uzyskaniu od producentów systemów działających informacji niezbędnych do integracji. Biorąc pod uwagę fakt, że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, a ogłoszenie o zamówieniu zawiera skrócony i ogólny opis przedmiotu zamówienia, który uszczegóławiany będzie docelowo w momencie przekazania Wykonawcom ostatecznej wersji SIWZ, uznano, że ogłoszenie o zamówieniu w wersji zaproponowanej przez Zamawiającego zawiera wszystkie niezbędne informacje o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższe nie oznacza jednocześnie, że Wykonawcy, na dalszym etapie postępowania, nie będą w sposób skuteczny mogli kwestionować zapisów SIWZ.

Wobec powyższego nakazano Zamawiającemu modyfikację o ogłoszenia o zamówieniu - sekcji II.1.5 pkt IV.5 przez nadanie mu treści:

„a. Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z wiążącą go umową licencyjną z twórcami posiadanych systemów informatycznych, nie jest w posiadaniu kodów źródłowych tych systemów.

b. Zamawiający nie narzuca Wykonawcom sposobu integracji i dopuszcza zarówno integrację z wykorzystaniem protokołów HL7, mechanizmów bazodanowych i innych uzgodnionych pomiędzy Wykonawcą i dostawcą systemów posiadanych lub uzyskanych przez Wykonawcę jako rezultat tzw. dozwolonej dekompilacji.

c. W przypadku, gdy załączona do SIWZ dokumentacja interfejsów wymiany danych okaże się niewystarczająca do uzyskania wymaganego zakresu integracji, uzyskanie uzupełnienia

opisów interfejsów do integracji z wymienionymi w SIWZ systemami będzie obowiązkiem Wykonawcy.

d. Zamawiający dopuszcza – na podstawie art. 75 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo autorskie – konieczność dokonania przez Wykonawcę dekompilacji modułów systemów, dotychczas wykorzystywanych przez Zamawiającego, poprzez zwielokrotnienie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust.4 pkt 1 i 2 ustawy Prawo autorskie, jeżeli będzie to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania modułów tych systemów z ZSI dostarczonym w ramach realizacji zamówienia. Zamawiający udzieli w tym zakresie Wykonawcy niezbędnych uprawnień w zakresie czynności niezbędnych do osiągnięcia współdziałania tych modułów z ZSI dostarczonymi przez Wykonawcę, a uzyskane informacje nie będą :

- wykorzystywane do innych celów niż osiągnięcie współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego,
- przekazane innym osobom, chyba że jest to niezbędne do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego;
- wykorzystane do rozwijania, wytwarzania lub wprowadzania do obrotu programu komputerowego o istotnie podobnej formie wyrażenia lub do innych czynności naruszających prawa autorskie.

e. Koszty integracji są częścią kosztu oferty składanej przez Wykonawcę na dostawę i wdrożenie ZSI. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w ofercie pełny koszt wykonania integracji i uwzględniający również, o ile będzie to konieczne, wykonanie modyfikacji interfejsów wymiany danych posiadanych systemów oraz zakup niezbędnych do integracji licencji.

f. Zakres wymaganej integracji z podanymi w ogłoszeniu o zamówieniu systemami zostanie szczegółowo określony w SIWZ.”

Za wyczerpujące i odpowiadające kierunkowi żądań Odwołującego uznano zmiany proponowane przez Zamawiającego w przypadku punktu ogłoszenia o zamówieniu w zakresie umożliwiania pracy systemu z poziomu najbardziej popularnych przeglądarek internetowych (zarzut 5 odwołania). Odwołujący żądał wprowadzenia zapisów, aby „system umożliwiał pracę z poziomu 2 najbardziej popularnych przeglądarek tj. spośród MS Internet Explorer, Mozilla Firefox, Google Chrome i Opera”, natomiast Zamawiający zaproponował następujący zapis: „Interfejs użytkownika, co najmniej w zakresie obsługi funkcjonalności: ruchu chorych, apteki szpitalnej, apteczki oddziałowej i rozliczeń z NFZ, medycznych zleceń wewnętrznych (leki, diagnostyka, zabiegi, konsultacje) wraz z potwierdzeniem wykonania; jest dostępny z poziomu przeglądarki internetowej, i nie wymaga instalowania żadnego

dodatkowego oprogramowania na stacjach klienckich oraz użycia emulatorów. System umożliwia pracę z poziomu minimum dwóch spośród trzech najbardziej popularnych przeglądarek: obligatoryjnie MS Internet Explorer (wersja minimum 8) oraz Mozilla Firefox lub Google Chrome – wersje aktualne”.

Zamawiający dla zaproponowanej zmiany przedstawił przekonujące uzasadnienie, że formułując powyższy wymóg przeprowadził analizę preferencji użytkowników, tak aby zapewnić sobie maksymalne wykorzystanie zamawianego produktu, a także wziął pod uwagę posiadany przez niego zasób sprzętowy i jego ograniczone parametry. Takie podejście uznać należy za racjonalne. Nie można przypisać Zamawiającemu działań czy też zaniechań, które zmierzałyby do dyskryminacji Wykonawców. Niezrozumiała była argumentacja prezentowana na rozprawie przez Odwołującego, że wymienienie przeglądarki MS Internet Explorer jako obowiązkowej jest dyskryminujące, podczas gdy Odwołujący wnioskował o umożliwienie wyboru dwóch przeglądarek spośród najbardziej popularnych i sam wymieniał wśród nich przeglądarkę MS Internet Explorer.

Podkreślenia wymaga, że prawem, ale i obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem jego obiektywnych, uzasadnionych potrzeb. W sytuacji, gdy potrzeby Zamawiającego są obiektywnie zasadne, możliwe jest postawienie wymagań, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców. Brak możliwości spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego przez ogół wykonawców obecnych na danym rynku, w przypadku, gdy postawione wymagania są uzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, nie stanowi o naruszeniu konkurencji oraz o nieprawidłowości poczynionego opisu przedmiotu zamówienia.

Reasumując, w zakresie zarzutu piątego nakazano Zamawiającemu wprowadzenie do ogłoszenia o zamówieniu zmiany w brzmieniu określonym odpowiedzią na odwołanie.

W zakresie zarzutów 2, 3 oraz 6 nakazano Zamawiającemu zmianę zapisów ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w odpowiedzi na odwołanie i sentencji niniejszego wyroku.

W ocenie Izby nie potwierdził się jedynie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut pierwszy z odwołania). W tym zakresie wywody Odwołującego uznano za bezzasadne.

Dostrzeżenia wymaga na wstępie, że Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie przywołanym na rozprawie przez Odwołującego, że co do zasady dopuszczalne jest uzupełnianie oferty o dokumenty przedmiotowe, potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez

Zamawiającego i to zarówno w sytuacji, gdy fizycznie nie zostały one załączone do oferty, jak i na zasadach analogicznych, jak w przypadku dokumentów podmiotowych, także wtedy, gdy zostały one złączone, ale nie potwierdzają one spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Powyższe, z uwagi na występowanie w katalogu odnoszącym się do tzw. dokumentów przedmiotowych zawartym w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, odnosi się także do próbek. Tezom tym nie zaprzeczał również Zamawiający, stwierdzając, że w przypadku gdy złożona zostanie oferta bez wymaganej próbki, wykonawca wezwany zostanie do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podobnie będzie w przypadku, gdy „próbka” nie będzie zawierała np. wszystkich wymaganych opisem scenariusza prezentacji modułów.

Jednocześnie z drugiej strony konieczne jest każdorazowe ustalenie celu jakim kierował się Zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy też wzoru do oferty. Inny bowiem będzie status próbki, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego (w przedmiotowym postępowaniu oceny, czy oferowany system posiada wszystkie opisane w SIWZ funkcjonalności), a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, co de facto prowadzi do niedopuszczalnej na gruncie ustawy Pzp zmiany treści oferty po wyznaczonym terminie składania ofert. W drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione.

Biorąc pod uwagę usytuowanie w przedmiotowym postępowaniu wymogu złożenia próbki wraz z ofertą, który uwzględniony został przy opisie przedmiotu zamówienia, uznano, iż zapis ogłoszenia o zamówieniu, że stwierdzenie jakichkolwiek niezgodności próbki z deklarowaną w ofercie w zakresie wymagań i parametrów, skutkować będzie odrzuceniem oferty za dopuszczalny, ponieważ odnosi się on do oceny kryterium funkcjonalnego związanego z przedmiotem zamówienia, będącego treścią składanej oferty.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż potwierdziła się część zarzutów powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy 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), w tym w szczególności na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący: