

Sygn. akt: KIO 902/18

WYROK
z dnia 25 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Joanna Wielgucka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (35-322 Rzeszów) w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital SOLEC Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Solec 93 (00-382 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **Atende Medica Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Wilanowskiej 313 (02-665 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie na rzecz zamawiającego **Szpitala SOLEC Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

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

Szpital SOLEC Sp. z o.o. 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 na dostawę i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego typu HIS, (nr sprawy: PN/02HIS/01/2018), 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 7 lutego 2018 r. pod nr 2018/S 026-056308.

W dniu 7 maja 2018 r. wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie z wykonawcą Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwanym dalej „przystępującym” negocjacji co do treści złożonej oferty, skutkujące przyjęciem przez zamawiającego, że przystępujący zaoferował inny przedmiot zamówienia niż wskazany w ofercie oraz zaprezentowany zamawiającemu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust 1 zd. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który dokonał niedozwolonej zmiany treści oferty w wyniku złożonych wyjaśnień;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”);
4. art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności oceny ofert;
- 2) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) Wykluczenia z postępowania przystępującego,
- 4) Odrzucenia oferty przystępującego,
- 5) Dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 Pzp oraz poniosł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów tej ustawy. Wskazał, że jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności zamawiającego wskazanych powyżej został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto - w wyniku ww. naruszeń przepisów Pzp może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.

W zakresie wymagania zamawiającego w odniesieniu do oprogramowania (motoru) baz danych odwołujący na wstępie podał, że przedmiotem niniejszego postępowania jest kompleksowa informatyzacja placówki szpitalnej w szczególności dostawę Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI) wraz z bezterminowymi licencjami na to oprogramowanie, spełniającego wymagania funkcjonalne i techniczne określone w opisie przedmiotu zamówienia (dalej zwanym: „OPZ”) na które składają się systemy klasy HIS, LIS, RIS. Wskazał przy tym, że jednym z elementów wskazanych w SIWZ jest: „Dostawa właściwych dla wdrażanego oprogramowania ZSI silników baz danych typu SQL wraz z niezbędną liczbą licencji do pracy wyżej wymienionego oprogramowania w modelu opłaty jednorazowej, nieograniczonych czasowo, obejmujących ilość użytkowników równą ilości użytkowników systemów ZSI.” (Załącznik nr 8 OPZ str. 1). Ponadto zwrócił uwagę, że w załączniku nr 8 do SIWZ tj. OPZ (str. 30) oraz w załączniku nr 7 do SIWZ – Tabela funkcjonalności obligatoryjnych (str. 144) zamawiający co do dostarczenia licencji na oprogramowanie służące do zarządzania bazą danych i w zakresie tego oprogramowania postawił następujący wymóg: „Oferowany Motor bazy danych HIS posiada komercyjne wsparcie producenta. Nie dopuszcza się zastosowania RBD typu open-source.”

Skonstatował, że mając na uwadze powyższe wymaganie, w niniejszym postępowaniu zamawiający wymagał dostarczenia licencji na bazodanowe rozwiązanie komercyjne (m.in. Microsoft, Oracle) oraz dodatkowo wsparcie producenta tego oprogramowania, wykluczając oprogramowania oparte o tak zwane licencje otwarte typu Open Source. Wyjaśnił przy tym, że słowo open określa otwarty kod źródłowy, (dostęp do

systemu i możliwość jego zmian). W związku z tym, osoby posiadające odpowiednie umiejętności programistyczne mogą je modyfikować. Oprogramowanie komercyjne takiej możliwości nie daje. W przypadku oprogramowania open source występuje większe ryzyko ataku hackerskiego, natomiast sprawdzenie kodu przez dużą ilość osób to również rozmyta odpowiedzialność za błędy (w przypadku oprogramowania komercyjnego - producent bierze odpowiedzialność za awarie systemu). Jeżeli zdarzy się sytuacja, że wystąpi problem z bazą danych, a przystępujący nie będzie umiał znaleźć rozwiązania, do kogo zwróci się o pomoc? W bazie danych są dane wrażliwe, szukając pomocy np. na forach zostają przekazane informacje opisujące strukturę danych zakres itd., które dają jasną informację co zrobić, żeby wyciągnąć dane ze szpitala, dane bardzo wrażliwe.

Odnosnie niezgodności z SIWZ oprogramowania do zarządzania bazą danych zaoferowanego przez przystępującego wskazał, że przystępujący złożył oświadczenie woli o zaoferowaniu oprogramowania bazodanowego o nazwie PostgreSQL, które jest narzędziem typu open-source, co można znaleźć w informacjach na stronie <https://www.postgresql.org/about/> w tłumaczeniu na język polski:

„PostgreSQL to potężny, obiektowo-relacyjny system baz danych o **otwartym źródle**, wykorzystujący i rozszerzający język SQL w połączeniu z wieloma funkcjami, które bezpiecznie przechowują i skalują najbardziej skomplikowane obciążenia danych.”

Ponadto wyjaśnił, że brak jest możliwości ustalenia jednego producenta tego oprogramowania, z uwagi na modyfikację kodu przez wiele podmiotów, a także z postanowień licencyjnych tego oprogramowania wynika, że to Uniwersytet Kalifornijski uważany jest za pierwotnego producenta wskazanego oprogramowania.

Z uwagi na powyższe wątpliwości stwierdził, że przystępujący oferując to oprogramowanie (poza faktem, że jest to open source) nie ma możliwości zapewnienia niezbędnego wsparcia producenckiego. Nawet gdyby przyjąć, że Uniwersytet Kalifornijski podjął się utrzymania systemu do zarządzania bazą danych zaoferowanego przez przystępującego (co jest bardzo mało prawdopodobne), mógłby on zostać uznanym producentem systemu tylko w zakresie kodu źródłowego napisanego przez siebie, co do pozostałej części kodu - producentem są inne podmioty.

Zwrócił także uwagę, że zamawiający zwrócił uwagę, na fakt zaoferowania przez przystępującego rozwiązanie typu open-source. W piśmie z dnia 24 kwietnia 2018 r. zamawiający stwierdził, że przystępujący w ofercie potwierdził, iż oferowane przez tego wykonawcę oprogramowanie bazodanowe na str. 145 Załącznika nr 7 do SIWZ (dołączonego do oferty) nie jest oprogramowaniem typu open source, natomiast na str. 178 tego Załącznika jako motor bazy danych w ofercie przystępującego wpisano „PostgreSQL”. Idąc dalej, zamawiający z naruszeniem art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp zwrócił się do

przystępującego aby potwierdził (faktycznie dokonał zmiany w złożonej ofercie), że oferowana baza danych „PostgreSQL” nie jest bazą danych typu open source tylko bazą komercyjną (EDB PostgreSQL Enterprise) i posiada komercyjne wsparcie producenta.

Przy czym wskazał, że nie uzyskał dostępu do odpowiedzi przystępującego z uwagi na rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa (na marginesie wskazać należy, że podanie oferowanego oprogramowania baz danych nie stanowi w żaden sposób tajemnicy firmy), jednak przypuszczał, że przystępujący potwierdził „SUGESTIĘ ...” zamawiającego w zakresie oferowanego systemu do zarządzania bazą danych czym w jego opinii w sposób niedopuszczalny zmienił swoje pierwotne oświadczenie woli złożone w pisemnej ofercie.

Oświadczył, że ww. czynność zamawiającego bezspornie narusza przepisy Pzp. W art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp ukształtowano zasadę, która jest zasadą nadrzędną i jednym z ważniejszych instrumentów zachowania przejrzystości postępowania i zachowania uczciwej konkurencji, bardzo podkreślaną też w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE (zob. wyrok KIO z 14.11.2014 r., KIO 2238/14, LEX nr 1611764). Zwrócił przy tym uwagę, że Izba bardzo rygorystycznie podchodzi do ewentualnych nieistotnych zmian i zastąpienie pierwotnie zaoferowanego oprogramowania innym, stanowi zmianę istotną i przywołał przykładowe dwa wyroki Izby w tym zakresie.

Dodatkowo wskazał, że przystępujący podczas prezentacji oferowanego rozwiązania, w zakresie systemu do zarządzania bazą danych „pokazał” oprogramowanie PostgreSQL 9.6. Potwierdzeniem tego jest dokument o nazwie: Protokół z prezentacji systemu firmy Atende Medica sp. z o.o. z dnia 23 kwietnia 2018 r. Na stronie pierwszej wskazanego dokumentu w punkcie 5 „Weryfikacja warunków startowych” w ppkt d. wskazano - PostgreSQL 9.6. W Załączniku nr 8 do SIWZ - OPZ oprócz wymagania odnośnie Motoru bazy danych L.p. 3 Oferowany Motor bazy danych HIS posiada komercyjne wsparcie producenta. Nie dopuszcza się zastosowania RBD typu open-source, są też zapisy odnośnie prezentacji systemu str. 199 pkt 8. wymagania w zakresie prezentacji ppkt 3. „Prezentacja musi zostać przygotowana z użyciem oferowanej wersji systemu działającego w czasie rzeczywistym, nie dopuszcza się prezentacji poglądowych z użyciem oprogramowania prezentacyjnego np. Microsoft Power Point.” Skoro prezentacja przystępującego odbyła się z użyciem oprogramowania PostgreSQL 9.6, nie sposób przyjąć iż wykonawca ten mógł zaoferować inny system do obsługi baz danych.

Idąc dalej zwrócił uwagę na pkt 8.1 regulaminu prezentacji ppkt 2 „Wykonawcy, zaprezentują oferowane systemy zgodnie z niniejszym Regulaminem w oparciu o Scenariusz Prezentacji opisany poniżej.” Tak więc w jego ocenie, w ramach prezentowanych systemów był także Motor Bazy Danych. Przystępujący zaprezentował PostgreSQL 9.6 czyli oprogramowanie open source - niezgodne z OPZ. Podobnie w pkt. 6.2 prezentacja

oferowanego oprogramowania ZSI są postanowienia, że: „Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do zaprezentowania oferowanego rozwiązania ...” jednym słowem należy bezspornie uznać, że to co pokazujemy na prezentacji ma być odzwierciedleniem naszej oferty w tym jest także systemu bazodanowego.

W związku z powyższym skonstatował, że próbka, a w konsekwencji - przeprowadzenie prezentacji jej cech i właściwości oraz działania, sprawdzenie walorów oferowanego przedmiotu, czy zbadanie umiejętności osób może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty (treści oferty) z treścią SIWZ, sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych, a wreszcie - zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Nie ma możliwości zaprezentowania czegoś, co nie jest elementem oferty - jeżeli zaprezentowano motor PostgreSQL, to takie oprogramowanie zostało zaoferowane.

Wskazał także, że nawet gdyby przyjąć, że przystępujący zaoferował oprogramowanie EDB Postgres Enterprise (co odwołujący neguje - w świetle argumentacji podanej powyżej), to oferta także podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż EDB Postgres Enterprise również jest oprogramowaniem Open – Source.

Ponadto wyjaśnił, że oświadczenia złożone przez przystępującego, które zostały „wytknięte” przez Zamawiającego w piśmie z dnia 24 kwietnia 2018 r. (oświadczenie, że nie oferuje rozwiązania bazodanowego open source na str. 145 zał nr 7 a w dalszej kolejności podaje jako oferowany system do zarządzania baza danych PostgreSQL) są oświadczeniami wprowadzającym w błąd zamawiającego, a jednocześnie mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania. Spełnienia zatem jego zdaniem przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Wskazuje przy tym, że ustawodawca formułując tę nową przesłankę wykluczenia nie wymaga, aby przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd było świadome lub celowe. Przepis art 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wyraźnie wskazuje, że wykluczenie powinno nastąpić w każdym przypadku podania informacji wprowadzających w błąd, nawet jeśli było te efektem lekkomyślności lub niedbalstwa. A zatem może to być wina najłżejszego rodzaju, choć oczywiście, jeśli przystępujący umyślnie podał nieprawdziwe informacje, to takie działanie jako dalej Idące, również spełnia przesłanki wykluczenia. Wyjaśnił dalej, że niedbalstwo to zwyczajnie brak zachowania należytej staranności w działaniu. Wskazanie przez przystępującego, że spełnia wymaganie w zakresie komercyjnej (nie open-sourcowej) bazy danych a następnie podanie rozwiązania PostgreSQL (co do którego każdy profesjonalny podmiot wie, że jest oparty o licencję open source) jest co najmniej właśnie brakiem zachowania należytej staranności. Podnieść bowiem należy, że przystępujący jako podmiot

profesjonalny, oferujący już uprzednio rozwiązania PostgreSQL, posiadał wiedzę o tym, że jest to rozwiązanie typu open source („wiedza z Internetu”) i jest niezgodne z SIWZ.

Natomiast co do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego wskazał, że pismem z dnia 16 kwietnia 2018 r., zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie w tym do dostarczenia dowodów, na wykazanie, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska. Przy czym oświadczył, że treść wyjaśnień przystępującego nie została mu udostępniona, gdyż zamawiający uznał, że zastrzeżenie jej jako tajemnica przedsiębiorstwa jest zasadne. Jednakże mając na uwadze szereg okoliczności, nawet bez ujawniania treści wyjaśnień, stwierdzić należy, że przystępujący w swojej ofercie cenowej nie uwzględnił (i nie był w stanie wykazać dowodowo) istotnych elementów składających się na zamówienie:

- a) brak uwzględnienia oferty na system LIS;
- b) brak uwzględnienia wsparcia producenta motoru bazy danych (i wykazania tego).

Ad. a) Wskazał, że jednym z elementów zamówienia jest dostarczenie i wdrożenie systemu laboratoryjnego (LIS) według specyfikacji określonej w SIWZ. Po dokładnej analizie wymagań wskazanych w OPZ w zakresie LIS, doszedł do wniosku, że przedmiotowe wymagania są dość rygorystyczne i z uwagi na to, że niewiele podmiotów specjalizuje się w systemach klasy LIS - krąg producentów jest bardzo zawężony. Mając na uwadze powyższe, zwrócił się o ofertę do firmy, której produkt spełnia wymogi SIWZ na wykonanie części zamówienia LIS wraz z 60 miesięczną gwarancją. W odpowiedzi na to otrzymał propozycję współpracy, wycenioną na znaczną kwotę, która oscylowała praktycznie w granicy 50% wartości oferty przystępującego. Odwołujący więc zdecydował się na tańszą opcję z krótszym okresem gwarancyjnym, dostając zapewnienie od producenta LIS, że każda firma składająca ofertę w niniejszym postępowaniu otrzyma propozycję współpracy na takim samym poziomie.

Podsumowując, tę część wyjaśnił, że jeżeli przystępujący otrzymał ofertę od producenta LIS (i udowodnił to w swoich wyjaśnieniach) z 60 miesięcznym okresem gwarancyjnym, to musiałby wykonać pozostałe elementy zamówienia za niewiele ponad 50% kwoty wskazanej w swojej ofercie, co stanowi rażąco niską cenę. Jeżeli natomiast nie posiada takiej oferty to oferta przystępującego podlega odrzuceniu ze względu na niewykazanie wszystkich składników cenowych - co jest konieczne w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Ad. b) Wskazał, że mając na uwadze fakt, że przystępujący zaoferował motor bazy danych open source PostgreSQL, który nie jest wspierany przez producenta - to ten element cenowy nie został uwzględniony w jego ofercie, wobec powyższego wyjaśnienia tego wykonawcy nie mogły zostać uznane za wystarczające. Jeżeli uznać, że przystępujący zaoferował bazę komercyjną ze wsparciem producenta, to graniczące z pewnością jest to, że do wyjaśnień

rażąco niskiej ceny nie dołączono oferty producenta motoru bazy danych na usługi wsparcia - co także powinno skutkować nieprzyjęciem wyjaśnień przystępującego i odrzuceniem oferty.

W dniu 8 maja 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na posiedzeniu niejawnym przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, 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.

Wykonawca Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany nadal „przystępującym”) skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 14 maja 2018 r. (sygn. DZP/20/05/2018) w tym w szczególności z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej nadal „SIWZ”) wraz załącznikami, oferty przystępującego, pism z wyjaśnieniami przystępującego dotyczących zaoferowanego oprogramowania i rażąco niskiej ceny oraz złożone na rozprawie przez odwołującego:

- informację dotyczącą sposobu licencjonowania zaoferowanego przez przystępującego produktu wraz z tłumaczeniem na język polski;
- wydruk logo oprogramowania PostgreSQL;
- opis oprogramowania PostgreSQL w wersji 9.6 z tłumaczeniem na język polski;
- wydruk aktualnego ogłoszenie o pracę u przystępującego;
- wydruk ze strony internetowej przystępującego, który wskazuje, że w 2013r. jego spółka powstała z połączenia spółek Textus Virtualis i Impulse;

- ekspertyzę z dnia 14 maja 2018r. wykonaną przez Izbę Rzeczników Polskiego Towarzystwa Informatycznego;
- Ogólne Warunki Licencji produktu PostgreSQL z tłumaczeniem na język polski;
- informację dotyczącą oprogramowania EDB Postgres z tłumaczeniem na język polski; a także przystępującego:
- opis warunków licencyjnych dla programu PostgreSQL.

Izba odmówiła przeprowadzenia zgłoszonego na rozprawie przez odwołującego wniosku dowodowego z opinii biegłego z zakresu informatyki ze szczególnym uwzględnieniem wiedzy nt. oprogramowania typu open source na okoliczność:

- 1) porównania kodów źródłowych systemu do zarządzania bazą danych „PostgreSQL 9.6” oraz oprogramowania bazodanowego używanego przez przystępującego zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) posiadania przez oprogramowanie bazodanowe używanego przez przystępującego zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu cech twórczego ukształtowania, decydujących o możliwości funkcjonowania jako innych utworów niż „PostgreSQL”;
- 3) weryfikacji czy ewentualne modyfikacje kodu źródłowego systemu „PostgreSQL” przez przystępującego nie stanowią wyłącznie przeróbki utworu i to w niewielkim zakresie.

W odniesieniu do przedmiotowego wniosku przystępujący wskazał, że kod źródłowy dotyczący zaoferowanego przez niego programu nie jest powszechnie dostępny w związku z tym byłyby dosyć duże trudności o ile w ogóle byłoby to możliwe, aby opinie zgodnie z tym wnioskiem uzyskać. Izba wzięła ten argument pod uwagę oraz uwzględniając zebraną w przedmiotowej sprawie dokumentację uznała, że dopuszczenie tego wniosku dowodowego doprowadziłoby do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego w związku z tym mając na uwadze dyspozycję zawartą w art. 190 ust. 6 Pzp, oddaliła przedmiotowy wniosek dowodowy.

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający w treści dokumentacji przetargowej postawił następujący wymóg: „Oferowany Motor bazy danych HIS posiada komercyjne wsparcie producenta. Nie dopuszcza się zastosowania RBD typu open-source.”

Zamawiający żądał od przystępującego wyjaśnień w zakresie zaoferowanego oprogramowania na okoliczność spełnienia przedmiotowego wymogu. Dodatkowo zamawiający skierował do przystępującego pismo z żądaniem złożenia wyjaśnień w zakresie

rażąco niskiej ceny. Na oba żądania przystępujący odpowiedział pismami, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa i ich treść nie była znana odwołującemu.

Izba zważyła co następuje.

Oдноśnie zarzutu nr 1 (tj. naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp) oraz zarzutu nr 2 (tj. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust 1 zd. 2 Pzp) Izba uznała, że należy je oddalić.

Zamawiający, dokonując oceny ofert, sprawdza, czy wykonawcy spełniają wymogi określone w Pzp i SIWZ. W przypadku gdy zaistnieją wątpliwości co do treści oferty, zamawiający może również żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Norma zawarta w art. 87 ust. 1 Pzp dopuszcza wyjaśnienie przez wykonawców na żądanie zamawiającego treści złożonych ofert, nie zaś dokonywanie w nich jakichkolwiek zmian, poza poprawieniem oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Wyjaśnienie oferty nie może prowadzić do uzupełnienia jakiegokolwiek brakującego dokumentu, w tym samej oferty, co stanowiłoby obejście prawa. Ponadto zgodnie z tym przepisem w trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z Pzp. Ofertą niezgodną z Pzp i podlegającą tym samym odrzuceniu będzie oferta, która w jakikolwiek sposób uchybia przepisom Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Przesłanka ta będzie miała zastosowanie, gdy na podstawie innych szczegółowych przesłanek nie można oferty odrzucić, a jednocześnie naruszenie przez nią przepisów o zamówieniach publicznych sprawia, że nie może być przyjęta.

Przystępujący wskazał jako motor bazy danych nazwę PostgreSQL w tabelce w załączniku nr 7. Tytuł tej pozycji, w której wpisano PostgreSQL brzmiał „nazwa własnego oferowanego modułu”. Nazwa wpisana jako PostgreSQL jest, jak wskazano w wyjaśnieniach przystępującego, wyłącznie nazwą własną tego modułu, nadaną mu przez niego. Przystępujący przyznał, że zaistniała zbieżność językowa tych nazw jest dość niefortunna. Jednakże nazwa ta jest nazwą potoczną, przyjętą u niego z uwagi na fakt, że moduł ten faktycznie wywodzi się od oryginalnej bazy PostgreSQL, opartej na licencji PostgreSQL (stworzonej przez Uniwersytet Kalifornijski), ale nim nie jest.

W związku z powyższym oraz mając na uwadze treść złożonych wyjaśnień, Izba uznała za nieuzasadnione wszelkie zarzuty odwołującego dotyczące prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji pomiędzy przystępującym a zamawiającym. W ocenie Izby

przystępujący swoją odpowiedzią na wezwanie zamawiającego nie zmienił bowiem treści swojej oferty, a jedynie wyjaśnił, jak treść tej oferty należy rozumieć i jaki to jest produkt.

Odwołujący na rozprawie przywołał treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2010 r. o sygn. IV CSK 359/09, który stanowi o nazwie jako utworze prawa autorskiego wyjaśniając, że przystępujący nie ma możliwości używania nazwy PostgreSQL ponieważ jej użycie stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. poz. 1503 ze zm.). Niemniej w odwołaniu nie postawił zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu tejże ustawy, a także nie sformułował zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, który dotyczy przesłanki odrzucenia oferty jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z tym na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp Izba pozostawiła przedmiotowy zarzut bez rozpoznania.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeżeli nie odpowiada ona treści SIWZ (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zasady tworzenia oferty i wymogi odnośnie jej treści. Co istotne, oferta podlega odrzuceniu jedynie w przypadku niezgodności jej treści z SIWZ, a nie w przypadku niezgodności jej formy z wymaganiami SIWZ.

Jak wyjaśnił przystępujący w swoim piśmie procesowym nie jest tak, że ktokolwiek może zmodyfikować oprogramowanie dostarczanego przez niego motora bazy danych, bowiem wyłączne prawa do tego oprogramowania przysługują właśnie przystępującemu. Kontynuując te wyjaśnienia wskazał, że oprogramowanie to stanowi część tajemnicy jego przedsiębiorstwa i jest chronione wyłącznym prawem autorskim, przystępujący nigdy nie ujawnił publicznie kodu źródłowego do wytworzonego przez siebie oprogramowania zatem w jego ocenie osoby postronne nie mogły uzyskać dostępu do systemu lub danych zamawiającego. Ponadto wyjaśnił, że jako producent tego systemu, zna go bardzo dobrze i jest też podmiotem odpowiedzialnym za wszystkie awarie.

W tym kontekście przystępujący odwołał się do warunków licencji PostgreSQL. Jak wyjaśnił na oficjalnej stronie produktu, *PostgreSQL używa licencji BSD, która wymaga jedynie by licencjonowany kod źródłowy nadal zawierał informację o prawach autorskich i warunkach licencjonowania. Ta certyfikowana przez OSI licencja jest szeroko doceniana jako elastyczna i przyjazna dla środowisk biznesowych ponieważ nie ogranicza użycia PostgreSQL-a w komercyjnych i zamkniętych zastosowaniach. Łącznie ze wsparciem ze strony wielu firm oraz publiczną własnością kodu źródłowego, licencja BSD powoduje, że PostgreSQL jest bardzo popularny wśród dostawców chcących zagnieździć bazę danych w ich własnych produktach bez obawy o opłaty, uzależnienie od jednego dostawcy czy zmiany*

zasad licencjonowania (na potwierdzenie tego złożył na rozprawie dowód w postaci wydruku opisu warunków licencyjnych dla programu PostgreSQL). Wskazał przy tym, że w opisie licencji PostgreSQL wyjaśnione jest też, że produkt ten nie jest i nie zostanie wypuszczony na licencji GNU (General Public License), właśnie z uwagi na fakt, dopuszczenia możliwości komercyjnego wykorzystania jego produktu. Zwrócił przy tym uwagę na fakt, że podstawowym warunkiem wykorzystywania produktów opartych na licencji GNU GPL jest konieczność ujawnienia kodu źródłowego oprogramowania, stworzonego na bazie oprogramowania na licencji GNU GPL natomiast warunki licencyjne PostgreSQL są zgoła odmienne.

W zakresie wsparcia producenckiego wyjaśnił, że jedyny wymóg, jaki pierwotny twórca tego oprogramowania zawarł w warunkach licencyjnych to ten, by w warunkach licencyjnych został zawarty fragment licencji SQL, dotyczący wyłączenia odpowiedzialności Uniwersytetu Kalifornijskiego (pierwotnego twórcy tego software). To wyłączenie odpowiedzialności według niego nie ma z kolei znaczenia dla zamawiającego, bowiem pełną odpowiedzialność za produkt przejmuje na siebie przystępujący. Zamawiający jest więc chroniony przed ewentualnymi usterkami systemu. Przystępujący przyznał w swoim piśmie, że bazą do jego działań było oprogramowanie na licencji PostgreSQL. Następnie jednak, oprogramowanie to zostało w istotny sposób zmodyfikowane i - co zgodne z warunkami licencyjnymi PostgreSQL - zostało objęte jego licencją komercyjną. Oznacza to, że obecnie to jemu przysługują wyłączne prawa autorskie do tego produktu i nie jest on już produktem o charakterze open-source.

Podobnie jak w uzasadnieniu dla wcześniejszych zarzutów należy przytoczyć stanowisko przystępującego w zakresie zaoferowanego oprogramowania. Przystępujący wskazał jako motor bazy danych nazwę PostgreSQL w tabelce w załączniku nr 7. Tytuł tej pozycji, w której wpisano PostgreSQL brzmiał „nazwa własnego oferowanego modułu”. Nazwa wpisana jako PostgreSQL jest, jak wskazano w wyjaśnieniach przystępującego, wyłącznie nazwą własną tego modułu, nadaną mu przez niego. Przystępujący przyznał, że zaistniała zbieżność językowa tych nazw jest dość niefortunna. Jednakże nazwa ta jest nazwą potoczną, przyjętą u niego z uwagi na fakt, że moduł ten faktycznie wywodzi się od oryginalnej bazy PostgreSQL, opartej na licencji PostgreSQL (stworzonej przez Uniwersytet Kalifornijski), ale nim nie jest. Dodatkowo przystępujący przyznał, że faktycznie w protokole w pozycji d) wskazana została nazwa PostgresSQL 9.6., ale jest to wyłącznie konsekwencja wpisania w formularzu ofertowym nazwy własnej motora bazy danych jako PostgreSQL. Nie oznacza to w żadnym wypadku, że oferowany system jest systemem typu open source - z powodów, o których mowa powyżej.

Izba przyjęła powyżej wskazaną argumentację przystępującego i uznała, że zaofierowane przez niego oprogramowanie w zakresie motoru danych spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Co prawda pojęcie oprogramowania typu open-source nie ma swojej legalnej definicji i jego stosowanie rzeczywiście wywołuje wiele wątpliwości to można ustalić czy dane oprogramowanie ma taki charakter poprzez pewne cechy właściwe dla tego typu oprogramowania. W ocenie Izby oprogramowanie zaofierowane przez przystępującego nie spełnia cech przynależnych rozwiązaniom typu open-source jako główne. Przystępujący wyjaśnił, że nie oferował zaproponowanego oprogramowania za darmo, w jego ofercie nie ma ono charakteru otwartego, ponosi odpowiedzialność za zaofierowany produkt i udziela na niego gwarancji zatem zaofierowany przez niego produkt nie ma charakteru rozwiązania open-source, ponieważ umożliwia utworzenie komercyjnych i zamkniętych rozwiązań. Dodatkowo z treści podnoszonego w odwołaniu wymogu nie wynika, że zamawiający zabronił złożenia w ofercie produktu, który zawiera element oparty na rozwiązaniach opensourcowych, wynika z niego natomiast, że nie może on być oprogramowaniem typu open-source zatem zaofierowanie oprogramowania, które opiera się na takich rozwiązaniach, ale finalnie nim nie jest należy uznać za zgodne z treścią SIWZ.

Zamawiający - jak stwierdził na rozprawie - uznał, że na bazie zaofierowanego przez przystępującego oprogramowania możliwe jest tworzenie aplikacji zamkniętych mających charakter komercyjny, które spełniają potrzebę zamawiającego i są zgodne z celami zamówienia. Izba mając na uwadze zebrany materiał dowodowy także doszła do takiego przekonania w związku z tym uznała, że przedmiotowy zarzut także należy oddalić.

W związku z oddaleniem powyżej wskazanych zarzutów nie znalazł potwierdzenia także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z dość utrwalonym orzecznictwem Izby należy uznać, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

- przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
- przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa;
- informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Jak wskazano powyżej wszystkie przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie co oznacza, że aby wykluczyć wykonawcę w postępowaniu wszystkie ww. przesłanki muszą

wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że nie ma podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

Już sam zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd w kontekście powyższych rozstrzygnięć nie może się ostać skoro Izba uznała, że przystępujący zaoferował sprzęt zgodny z wymaganiami SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny należy wskazać, że odwołujący opiera go na dwóch okolicznościach. W pierwszej kolejności zarzuca przystępującemu, że w dokonanej wycenie nie uwzględnił dostawy systemu laboratoryjnego (LIS). W drugiej kolejności zarzuca on, że przystępujący nie uwzględnił wsparcia producenta motoru bazy danych.

W zakresie dostawy systemu LIS przystępujący wyjaśnił, że zgodnie z definicją zawartą w SIWZ, system LIS to system informatyczny wspomagający gromadzenie, przechowywanie i przetwarzanie danych medycznych wytwarzanych przez laboratorium diagnostyki medycznej oraz zarządzanie laboratorium. Ponadto wskazał, że faktycznie krąg producentów systemu LIS jest mniejszy, niż krąg producentów HIS. Jednakże dysponuje on własnym systemem LIS. Jest to system stworzony przez jego pracowników, już kilka lat temu. W konsekwencji, jest to produkt już zamortyzowany, który nie generuje żadnych dodatkowych kosztów - przystępujący nie musi go bowiem specjalnie kastomizować. Z uwagi na to, że jest to jego własny produkt, nie musi on też ponosić żadnych opłat licencyjnych za jego używanie. W dokumentacji przetargowej nie było zastrzeżeń, jakoby system LIS miał być dostarczany przez podmiot zewnętrzny. Co za tym idzie, dostarczenie tego systemu jako systemu własnego stworzonego przez przystępującego jest poprawne.

Także druga okoliczność podnoszona przez odwołującego była w ocenie przystępującego nieuzasadniona. Skoro przystępujący uznaje się za producenta systemu motoru bazy danych, to wsparcie tego producenta zostało zapewnione i uwzględnione w cenie ofertowej.

Zamawiający zwrócił się do przystępującego z żądaniem złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i takie wyjaśnienia otrzymał, co oznacza, że podczas badania i oceny ofert zwrócił uwagę na ten aspekt.

Należy wskazać, że w motywie 103 dyrektywy 2014/24/UE określono, iż oferty, które wydają się rażąco tanie w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw lub usług, mogą opierać się na błędnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach. W przypadku gdy oferent nie jest w stanie przedstawić wystarczającego wyjaśnienia, instytucji zamawiającej powinno przysługiwać prawo do odrzucenia oferty. Zamawiający ma obowiązek zweryfikować, czy cena lub istotne elementy składowe złożonej oferty mogą sugerować, że wykonawca zaniża cenę w sposób, który

uniemożliwi zrealizowanie danego zamówienia. Jeżeli zamawiający będzie miał wątpliwość, czy cena wskazana przez wykonawcę jest rażąco niska, ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Jeżeli mimo wyjaśnień wykonawcy (lub ich braku) zamawiający stwierdzi, że cena jest rażąco niska, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego – mając przede wszystkim na uwadze wyjaśnienia przystępującego złożone na okoliczność rażąco niskiej ceny – Izba uznała, że oferta przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo Izba stwierdziła, że argumenty odwołującego w zakresie przedmiotowego zarzutu były dość ogólnikowe i nie poparte wyliczeniami, które nawiązywałyby do stanu faktycznego. Przede wszystkim odwołujący nie wykazał, że przystępujący nie posiada w swojej ofercie własnego systemu LIS przez co oferta przystępującego mogła być bardziej konkurencyjna oraz nie można na podstawie uzasadnienia podanego w tym zakresie w odwołaniu stwierdzić, że zaoferowany produkt nie uwzględniał wsparcia producenta motoru bazy danych szczególnie w sytuacji gdy Izba uznała, że zaoferowane oprogramowanie jest zgodne z wymogami SIWZ.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp także należy oddalić.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie 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: