

Sygn. akt: KIO 1606/21

WYROK

z dnia 28 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 czerwca 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 maja 2021 roku** przez wykonawcę **KONSULTANT IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Katowickie Centrum Onkologii z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie następujących zmian i modyfikacji w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:**
 - a)** modyfikację wymagania, o którym mowa w pkt 53 SOPZ, tj. wymagania by oprogramowanie do pracowni cytostatyków, licencja apteczna - produkcyjna służąca do produkcji leków cytostatycznych, spełniała warunki GMP, na potwierdzenie czego Wykonawca musi przedłożyć certyfikat GMP poprzez nadanie mu charakteru fakultatywnego;
 - b)** zmianę opisu przebiegu schematu testów przez zapewnienie czynnego udziału wykonawcy w tym procesie z uwzględnieniem możliwości rejestracji przebiegu testu za pomocą urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk;
 - c)** zapewnienie dołączenia wyniku testów i oceny do protokołu z postępowania.

- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Katowickie Centrum Onkologii z siedzibą w Katowicach i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego KONSULTANT IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego – Katowickiego Centrum Onkologii z siedzibą w Katowicach** na rzecz **Odwołującego KONSULTANT IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 27 maja 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 w zw. z art. 514 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.; dalej jako „Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **KONSULTANT IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Zakup, dostawa, wdrożenie systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków dla Katowickiego Centrum Onkologii” prowadzi Zamawiający: **Katowickie Centrum Onkologii z siedzibą w Katowicach**. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 17 maja 2021 r. pod numerem: 2021/S D94-246390.

Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz wobec treści dokumentów zamówienia, które to w ocenie Odwołującego:

- I. utrudniają uczciwą konkurencję oraz naruszają zasadę równego traktowania wykonawców,
- II. obejmują wymagania, które nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a które mają wpływ na możliwość sporządzenia oferty i wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- III. są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nadmierne dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia,
- IV. a także niejednoznaczne, niezrozumiałe, niekompletne, naruszające zasadę zachowania uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania Wykonawców, a także zasadę jawności i przejrzystości, oraz dające Zamawiającemu swobodę arbitralnej oceny w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tj.

- I. art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, ust. 2 i ust. 4 Pzp poprzez sformułowanie wymagania by oprogramowanie do pracowni cytostatyków, licencja apteczna - produkcyjna służąca do produkcji leków cytostatycznych, spełniała warunki GMP, na potwierdzenie czego Wykonawca musi przedłożyć certyfikat GMP, zgodnie z pkt 53 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „SOPZ”), stanowiącym załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), co nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i utrudnia uczciwą konkurencję, ponieważ na rynku tylko

producent jednego systemu spełnia to wymaganie, a zatem postawienie takiego wymagania uprzywilejowuje wykonawcę, który może zaoferować ten system i eliminuje z postępowania pozostałych wykonawców, którzy są zdolni zrealizować zamówienie i dostarczyć system dopasowany do potrzeb Zamawiającego;

II. art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, pkt 2 i pkt 3 Pzp oraz art. 106 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 107 ust. 1 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 11 lit. a Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415; dalej jako: „rozporządzenie” w sprawie podmiotowych środków dowodowych”) poprzez sformułowanie opisu kryterium oceny ofert w sposób:

a) niejednoznaczny, niezrozumiały, niekompletny, naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, a także zasadę jawności i przejrzystości, dający Zamawiającemu znaczną swobodę arbitralnej oceny w ramach kryterium pn. „Ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet)”, m.in. poprzez niedopuszczenie Wykonawcy do czynnego (lub nawet biernego) udziału w procesie testowania próbki oraz niezapewnienie utrwalenia przebiegu testowania za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk oraz dołączenia takiej rejestracji do protokołu postępowania, podczas gdy Zamawiający obiektywnie nie jest w stanie samodzielnie i w sposób rzetelny przeprowadzić procesu testowania próbki, a ponadto nie można wykluczyć, że niewłaściwe użytkowanie sprzętu przez Zamawiającego może doprowadzić do wyrządzenia szkody w przekazanym mieniu;

b) naruszający zasadę proporcjonalności poprzez żądanie przedłożenia do testowania właściwie całego przedmiotu zamówienia (a nie jego niewielkiego fragmentu, np. tylko oprogramowania), co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i zasady przejrzystości;

c) niejednoznaczny i niezrozumiały m.in. na skutek postawienia wymogu przedłożenia próbki w ramach kryterium oceny ofert, przy czym sam opis próbki wskazywałby, że Zamawiający zażądał próbki w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania.

Odwołujący wnosił o:

I. uwzględnienie odwołania;

II. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ poprzez:

a) wykreślenie wymagania, o którym mowa w pkt 53 SOPZ, tj. obligatoryjnego wymagania by oprogramowanie do pracowni cytostatyków, licencja apteczna - produkcyjna służąca do produkcji leków cytostatycznych, spełniała warunki GMP, na potwierdzenie czego Wykonawca musi przedłożyć certyfikat GMP,

ewentualnie modyfikację wymagania poprzez przyjęcie, że wymaganie będzie fakultatywne (a nie obligatoryjne jak obecnie) i będzie oceniane w ramach kryterium oceny ofert, a waga kryterium oceny ofert za spełnienie tego wymagania nie będzie przekraczać 5 %;

b) wykreślenie kryterium oceny ofert pn. „Ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet)”

lub

zmianę przedmiotowego kryterium poprzez ograniczenie procesu testowania próbki wyłącznie do oprogramowania bez sprzętu, przy zapewnieniu czynnego udziału Wykonawcy w trakcie testowania próbki,

ewentualnie w przypadku uznania, że zakres próbki obejmować będzie oprogramowanie oraz sprzęt dopuszczenie Wykonawcy do czynnego udziału w procesie testowania próbki, a także poprzez stworzenie procedury przeprowadzania testowania próbki, m.in. zawierającej obowiązek utrwalenia przez Zamawiającego przebiegu testowania próbki za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk (rejestracja obrazu i dźwięku) oraz dołączenie takiej rejestracji do protokołu postępowania.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży systemów informatycznych obsługujących placówki służby zdrowia jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. W ocenie Odwołującego obecna treść SWZ i ogłoszenie o zamówieniu uniemożliwia mu złożenie oferty, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Utrata możliwości pozyskania realizacji zamówienia może doprowadzić do szkody po stronie Odwołującego. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia i jego realizację.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany, kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu wniesienia odwołania. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości.

I. Zarzut nr 1 - wymaganie by oprogramowanie do pracowni cytostatyków, licencja apteczna - produkcyjna służąca do produkcji leków cytostatycznych, spełniała warunki GMP, na potwierdzenie czego Wykonawca musi przedłożyć certyfikat GMP

W SOPZ Zamawiający przedstawił 72 wymagania (obligatoryjne), których niespełnienie powoduje odrzucenie oferty („Wszystkie parametry wymagane stanowią kryteria, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty”). Oferowany system musi m.in.

spełnić wymaganie, które zostało opisane w pkt 53 SOPZ: „Oprogramowanie do pracowni cytostatyków - licencja apteczna - produkcyjna służąca do produkcji leków cytostatycznych spełniająca warunki GMP - potwierdzone certyfikatem (certyfikat z ofertą)”.

Sformułowanie takiego wymagania, w opinii Odwołującego, nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i utrudnia uczciwą konkurencję, ponieważ na rynku tylko producent jednego systemu spełnia to wymaganie. Na rynku istnieje tylko jeden system, którego dostawca będzie mógł przedłożyć wymagany przez Zamawiającego certyfikat, co prowadzi do dyskryminacji pozostałych Wykonawców, którzy również mogą dostarczyć system spełniający uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

Na stronie internetowej producenta systemu cato® i catoPAN® tenże podmiot, tj. Cato Software Solutions, wskazuje, że „oprogramowanie cato® i catoPAN® firmy Cato Software Solutions odpowiada wytycznym GMP, PAMP i CFR21 Part 11 i dzięki temu przystosowane jest do pracy w miejscach produkcji zgodnych z wytycznymi GMP” (jako dowód dołączono do odwołania zrzut ze strony producenta). Postawienie wymogu posiadania certyfikatu GMP w stosunku do licencji aptecznej nie ma racjonalnego uzasadnienia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, a nadto prowadzi do uprzywilejowania dostawcy jedyne systemu na rynku, który posiada taki certyfikat.

GMP (z ang. Good Manufacturing Practices) oznacza praktykę, która gwarantuje, że produkt leczniczy oraz substancja czynna są wytwarzane i kontrolowane odpowiednio do ich zamierzonego zastosowania oraz zgodnie z wymaganiami zawartymi w ich specyfikacjach i dokumentach stanowiących podstawę wydania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego (zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 944 ze zm.). Praktyka GMP stanowi zestaw standardów wykorzystywanych w branży spożywczej, kosmetycznej i praktycznie nie znajduje zastosowania w branży informatycznej. Okoliczność, że producent oprogramowania posiada taki certyfikat nie oznacza, że takie oprogramowanie cechuje się wyższym standardem jakości i bezpieczeństwa niż powszechnie obowiązujące standardy jakości, np. ISO.

Rafał Stankiewicz w monografii pt. „Instytucje rynku farmaceutycznego” wskazuje, że „zasady i wytyczne dobrej praktyki wytwarzania powinny się odnosić do zarządzania jakością, personelu, pomieszczeń, wyposażenia, dokumentacji, produkcji, kontroli jakości, zamówień zewnętrznych, skarg i wycofywania produktów, jak również inspekcji wewnętrznej. Stosownie do zapisu zawartego w art. 3 dyrektywy 2003/94 oraz dyrektywy 91/412 realizacja wytycznych dobrej praktyki wytwarzania powinna następować w drodze powtarzanych inspekcji”.

By Zamawiający w swojej działalności mógł skorzystać certyfikat GMP, to standard GMP musiałby obejmować całą placówkę prowadzoną przez Zamawiającego

(szpital/aptekę), a nie wyłącznie użytkowane oprogramowanie (licencje apteczną). Zastosowanie wymogu posiadania certyfikatu GMP wyłącznie w przypadku oprogramowania (licencji aptecznej) dowodzi, że Zamawiający nie ma uzasadnionej potrzeby by postawić takie wymaganie.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że metodą wprowadzenia wyrobu na rynek jest przeprowadzenie procedury stwierdzenia zgodności wyrobu medycznego z wymaganiami zasadniczymi, a wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu w zakresie posiadania certyfikatu GMP oznacza kwestionowanie tej metody, która wynika z prawa krajowego i europejskiego. Z art. 26 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 186 ze zm.) wynika, że domniemywa się, że wyroby są zgodne z wymaganiami zasadniczymi, o których mowa w art. 23 ust. 1, w zakresie, w jakim stwierdzono ich zgodność z odpowiednimi krajowymi normami przyjętymi na podstawie norm ogłoszonych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej seria C, jako normy zharmonizowane z dyrektywą:

1. Rady 90/385/EWG z dnia 20 czerwca 1990 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do wyrobów medycznych aktywnego osadzania - w przypadku aktywnych wyrobów medycznych do implantacji;
2. Rady 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej wyrobów medycznych - w przypadku wyrobów medycznych i wyposażenia wyrobów medycznych;
3. 98/79/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 października 1998 r. w sprawie wyrobów medycznych używanych do diagnozy in vitro - w przypadku wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro i wyposażenia wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro.

Z kolei zgodnie z art. 29 ust. 1 tejże ustawy wytwórca przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu oraz przed przekazaniem wyrobu do badań klinicznych lub do oceny działania jest obowiązany do przeprowadzenia oceny zgodności wyrobów. Powyższe oznacza, że wówczas mamy do czynienia z wyrobem medycznym wprowadzonym w sposób zgodny z prawem do obrotu, dla którego przeprowadzono badania jego zgodności z wymaganiami zasadniczymi.

Z uwagi na zmiany legislacyjne w obszarze przepisów o wyrobach medycznych, w ciągu ostatnich kilku lat polscy producenci oferujący rozwiązania informatyczne dla branży medycznej nie są w stanie skutecznie przeprowadzić procedury stwierdzenia zgodności wyrobu medycznego z wymaganiami zasadniczymi i uzyskać odpowiedniego dokumentu, co oznacza, że żaden polski producent nie potwierdzi odpowiednim dokumentem zgodności oprogramowania z wymaganiami zasadniczymi. W opinii Odwołującego oprogramowanie oferowane m.in. przez Odwołującego spełnia wszystkie uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że oferowane przez niego oprogramowania są nabywane przez podmioty z branży medycznej (publiczne i prywatne), co prowadzi do

wniosku, że oprogramowanie spełnia cele zakupowe, w tym uzasadnione potrzeby podmiotów zamawiających.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Z kolei zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp: przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Kolejny ustęp art. 99 Pzp stanowi, że zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Szczególną uwagę należy zwrócić na art. 99 ust. 4 Pzp, który treścią odpowiada dotychczasowemu art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), stanowiący, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Tym samym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wydawane w odniesieniu do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, pozostaje aktualne na gruncie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący dodał, że podstawą obowiązywania polskich rozwiązań jest dyrektywa klasyczna, tj. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 ze zm.), gdzie w motywie nr 74 preambuły ustawodawca unijny przewidział, że specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą umożliwiać otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju. W związku z powyższym specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które

faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę.

W opinii Odwołującego, poprzez postawienie obligatoryjnego wymagania by licencja apteczna spełniała wymagania GMP, Zamawiający naruszył art. 99 ust. 4 Pzp, ponieważ treść specyfikacji technicznej pozwala na złożenie oferty tylko przez dostawcę jednego systemu na rynku, który posiada certyfikat GMP, tj. dostawcy systemu cato® i catoPAN®, a tym samym dyskwalifikuje z udziału w postępowaniu pozostałych Wykonawców, którzy w związku z postawionym wymaganiem nie mają żadnej możliwości złożenia oferty, przy czym co należy podkreślić Zamawiający nie ma obiektywnie istniejącej potrzeby by postawić wymaganie posiadania standardu GMP przez licencję apteczną, gdyż tego rodzaju standard, po pierwsze nie ma powszechnego zastosowania w branży informatycznej, a po drugie ma zastosowanie do całej organizacji, czyli np. do całego zakładu, a nie do jednego produktu. Jeżeli Zamawiający nie stosuje standardu GMP dla całego szpitala, wymaganie certyfikatu GMP tylko w zakresie licencji aptecznej, w żaden sposób nie przełoży się na wyższą jakość funkcjonowania systemu.

Potwierdzeniem powyższej konkluzji jest również ciąg historyczny czynności podejmowanych przez Zamawiającego w związku z pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. Postępowanie jest już trzecim z rządu. W przypadku pierwszego postępowania ogłoszonego w dniu 3 sierpnia 2020 r. kwestionowany parametr techniczny stanowił wymóg fakultatywny za spełnienie, którego Zamawiający przyznawał punkty w ramach kryterium oceny ofert. Także w przypadku drugiego postępowania ogłoszonego w dniu 23 września 2020 r., Zamawiający zdecydował aby ten parametr techniczny był wymogiem fakultatywnym.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że inni Zamawiający z sektora służby zdrowia, nabywając systemy informatyczne do obsługi pracowni cytostatyków, nie stawiają Wykonawcom wymogu spełnienia w stosunku do przedmiotu zamówienia standardu GMP. Przykładowo Odwołujący wymienił w odwołaniu podmioty, choć nabywały przedmiotowy system, a nie stawiały takiego wymogu w zakresie wymienionego standardu, co zdaniem Odwołującego również potwierdza, że jest to wymóg nadmiarowy, a Zamawiający nie ma żadnych uzasadnionych, obiektywnych potrzeb w tym zakresie:

- 1) Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu;
- 2) Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny UM im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu;
- 3) Wielkopolskie Centrum Onkologii w Poznaniu;
- 4) Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o.;
- 5) Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Korczaka w Słupsku Sp. z o. o.;
- 6) Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach;
- 7) Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA w Łodzi;

- 8) Szpital Wojewódzki im. M. Kopernika w Koszalinie;i
- 9) Szpital Kliniczny im. K. Jonschera Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu;
- 10) Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu.

Analiza ogłoszeń i SWZ oraz poprzednio prowadzonych przez tego Zamawiającego postępowań zdaniem Odwołującego potwierdza, że aktualne obligatoryjne wymaganie w zakresie spełnienia standardu GMP w stosunku do licencji aptecznej i posiadanie certyfikatu GMP jest nadmiarowe i nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Z przedmiotowym zarzutem został skorelowany wniosek o wykreślenie wymagania, o którym mowa w pkt 53 SOPZ, ewentualnie modyfikację wymagania poprzez przyjęcie, że wymaganie będzie fakultatywne (a nie obligatoryjne jak obecnie) i będzie oceniane w ramach kryterium oceny ofert, a waga kryterium oceny ofert za spełnienie tego wymagania nie będzie przekraczać 5 %.

Zarzut nr 2 dotyczący kryterium oceny ofert pn. „Ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet)”

Zamawiający w Rozdz. „Kryteria oceny ofert” (str. 12 SWZ) przewidział następujące kryteria oceny ofert:

- I.p. Opis kryterium oceny Waga kryterium
1. Cena brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia 60%

W pkt 2 rozdz. „Ocena ofert” SWZ w zakresie kryterium - ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu – 40% - (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet) - Zamawiający wskazał, że: *„Ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet), zgodnie z harmonogramem testowania przez Komisję Katowickiego Centrum Onkologii (przyszłych użytkowników systemu). Zamawiający wymaga dostarczenia i przygotowania do testu oprogramowania i sprzętu w terminie zgodnie z harmonogramem. Zamawiający wymaga dostarczenia instrukcji dla użytkowników oprogramowania, w terminie nie krótszym niż 4 dni przed przeprowadzeniem testu. Instrukcje proszę przesłać w formie papierowej lub elektronicznie w formacie pdf. Test ma się odbyć w siedzibie Zamawiającego według Schematu testu - Załącznik nr 8 do SIWZ”.*

W schemacie testu (Załącznik nr 9 do SWZ) Zamawiający dokonał ogólnego opisu procesu testowania próbki oraz dodał, że *„testowanie procesów wymienionych powyżej jest ściśle związane z weryfikacją obligatoryjnych parametrów, wymienionych w załączniku nr 2 do SIWZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo odrzucenia oferty, jeśli w trakcie testów*

wykryje niezgodności z oświadczeniem Oferenta lub brak funkcji wymaganej w załączniku nr 2 do SIWZ".

Zgodnie z art. 240 ust. 1 Pzp zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Zgodnie z kolejnym ustępem tego artykułu: kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. „Istotą kryteriów, co podkreśla się w motywie 92 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, jest umożliwienie oceny porównawczej poziomu wykonania zaoferowanego w każdej z ofert przedmiotu zamówienia. Mając także na względzie założenie, że zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić - w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie (por. motyw 90 preambuły dyrektywy 2014/24/UE), wszystkie zasady, które zamawiający zamierza zastosować do oceny ofert (tj. kryteria, wagi oraz sposób oceny w oparciu o kryteria), muszą zostać określone w dokumentach zamówienia w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Opis kryteriów oceny i zasad dokonywania oceny ofert powinien zatem pozwolić wykonawcom na uzyskanie pełnej wiedzy, w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje będą oceniane ich oferty, tak aby mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Pamiętać należy także o zasadzie wynikającej z art. 239 PZP, zgodnie z którą zamawiający, w toku oceny ofert, jest związany opisem kryteriów i sposobu oceny, jaki zawarł w dokumentach zamówienia. Dlatego też opis zasad dokonywania oceny ofert musi być już wystarczająco jednoznacznie i szczegółowo opisany w dokumentach zamówienia, aby możliwe było jego zastosowanie w toku oceny ofert. Zamawiający nie będzie mógł bowiem po upływie terminu składania ofert ani uszczegółwić, ani też odstąpić od zasad, które opisał uprzednio w dokumentach zamówienia”.

- Kwestia niedopuszczenia Wykonawcy do czynnego udziału w procesie testowania próbki oraz brak zapewnienia utrwalenia przebiegu testowania za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk (rejestracja obrazu i dźwięku)

Zamawiający w ramach kryterium oceny ofert zamierza dokonać testowania próbki. Przygotowana przez Wykonawców próbka obejmuje dostarczenie oprogramowania i sprzętu, na który składa się sprzęt komputerowy, waga, klawiatura i drukarka etykiet. Zamawiający wymaga aby dostarczona próbka była przygotowana do samodzielnego testowania przez Zamawiającego (przyszłych użytkowników systemu), czyli bez udziału Wykonawcy, nawet biernego. W trakcie oceny próbki Zamawiający będzie oceniał 9 wyspecyfikowanych etapów, a także będzie dokonywał sprawdzenia czy próbka spełnia wszystkie wymagania postawione

w SWZ (zgodnie ze Schematem testu - załącznik nr 9 do SWZ: „Zamawiający zastrzega sobie prawo odrzucenia oferty, jeśli w trakcie testów wykryje niezgodności z oświadczeniem Oferenta lub brak funkcji wymaganej w załączniku nr 2 do SIWZ”).

Odwołujący podkreślił, że sprzęt poddawany ocenie w ramach próbki jest wysoce specjalistyczny. Bez przeszkolenia obsługa sprzętu będzie bardzo utrudniona, a w pewnych przypadkach, może okazać się po prostu niemożliwa. Zamawiający w Rozdz. pn. „Ocena ofert” przewidział, że obowiązkiem Wykonawcy będzie dostarczenie instrukcji dla użytkowników oprogramowania, co oznaczałoby, że Zamawiający nie wymaga dostarczenia instrukcji obsługi dla pozostałego sprzętu. Odnotowywać jednak należy, że nawet gdyby taki wymóg znalazł się w SWZ, to nie jest możliwym przeniesienie do instrukcji doświadczenia wymaganego w obsłudze sprzętu. Nauka obsługi sprzętu w praktyce nie ogranicza się do zapoznania się z instrukcją użytkownika. Zazwyczaj w zakresie użytkowania sprzętu prowadzone są szkolenia (warsztaty) z korzystania z danego rodzaju sprzętu, a przeczytanie instrukcji nie jest w stanie zastąpić udziału w takim szkoleniu i wyniesionych z takiego szkolenia umiejętności. Przykładowo użycie wagi wymaga uprzednio właściwego skalibrowania i dopasowania do otaczających warunków. Co ważne, Wykonawca nie jest w stanie wykonać kalibracji poprzez wcześniejsze przygotowanie sprzętu dla Zamawiającego, z uwagi na okoliczność, że waga kalibrowana jest każdorazowo w danym środowisku (czyli kalibracja dokonana w siedzibie Wykonawcy nie koniecznie musi odpowiadać kalibracji, która powinna zostać wykonana w lokalizacji Zamawiającego). Kalibracja jest niezwykle istotna, ponieważ jej właściwe dokonanie wpływa na właściwe pomiary, a tym samym będzie przekładać się na ocenę próbki.

W pkt 2 rozdz. pn. „Ocena ofert” SWZ w zakresie kryterium - ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu - Zamawiający wskazał, że ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu będzie dokonywana przez przyszłych użytkowników systemu. Z kolei z pkt 70 SOPZ wynika, że „Zamawiający wymaga przeprowadzenia szkoleń personelu i zapewnienia instrukcji użytkownika w formie papierowej o nośniku zewnętrznym”. Powyższa treść SWZ potwierdza, że próbka będzie testowana przez osoby jeszcze nieprzeszkolone, które mogą nie mieć wiedzy na temat obsługi sprzętu i oprogramowania, co może wpływać na wadliwą ocenę próbki, z kolei fakt braku udziału Wykonawcy w testowaniu próbki dodatkowo wzmacnia zarzut, że zastosowany opis kryterium oceny ofert narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców dając Zamawiającemu znaczną swobodę arbitralnej oceny w ramach przedmiotowego kryterium. Samodzielna ocena próbki nie daje rękojmi dokonania tej oceny w sposób rzetelny, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców, m.in. z uwagi na fakt, że Zamawiający nie ma pełnej wiedzy na temat obsługi sprzętu, a zatem odczytane przez Zamawiającego wyniki mogą znacznie

odbiegać od rzeczywistych wyników, które gwarantuje system w okolicznościach, kiedy jest on obsługiwany przez doświadczoną i przeszkoloną w tym zakresie osobę.

Przedmiot zamówienia jest złożony, co potwierdza SOPZ, w którym Zamawiający opisał zakres dostawy i wdrożenia systemu informatycznego. Przedmiot zamówienia obejmuje także szkolenie (pkt 70 SOPZ), a zatem Zamawiający zapewne ma świadomość poziomu skomplikowania zamawianego oprogramowania i sprzętu, skoro przedmiotem zamówienia objął również szkolenia. Wprowadzenie wymogu szkoleń niewątpliwie potwierdza, że praca z oferowanym rozwiązaniem charakteryzuje się dużym stopniem złożoności, a dołączona do próbki instrukcja nie jest w stanie zastąpić fachowego szkolenia. Wyjaśnienie „jak korzystać ze sprzętu i oprogramowania” w instrukcji nie będzie wystarczające dla użytkowników, którzy mają testować system. Korzystanie z oprogramowania i sprzętu niewątpliwie wymaga przeszkolenia użytkowników (osób, które będą testować). Czynności związane z korzystaniem z oprogramowania i sprzętu nie są na tyle proste, aby można je było wyjaśnić bez zademonstrowania działania sprzętu „na żywo”. Brak wiedzy na temat działania oprogramowania i sprzętu może powodować ich błędne działanie, w tym np. spowolnione działanie sprzętu, co bezpośrednio będzie wpływać na nierzetelną weryfikację funkcjonalności, a w konsekwencji prowadzić do dokonania wadliwej oceny próbki poprzez przyznanie mniejszej ilości punktów niż obiektywnie należna.

Nie bez znaczenia powinien pozostawać fakt, że cena testowanego sprzętu stanowi wartość kilkudziesięciu tysięcy złotych. W przypadku użytkowania specjalistycznego sprzętu przez nieprzeszkolony personel Zamawiającego istnieje duże prawdopodobieństwo doprowadzenia do szkody w sprzęcie należącym do Wykonawcy. Gdyby to Wykonawca brał czynny udział w testowaniu próbki, Zamawiający uniknąłby problemu ponoszenia ewentualnej odpowiedzialności w przypadku spowodowania szkody w sprzęcie należącym do Wykonawcy. Do odwołania dołączono oferty wskazujące na ceny poszczególnych elementów sprzętu, który należy dostarczyć Zamawiającemu celem testowania próbki (waga precyzyjna, klawiatura medyczna, drukarka).

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie innych fundamentalnych zasad obowiązujących w toku jego prowadzenia, tj. zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak często podnosi się w stanowiskach doktryny i orzecznictwa, realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy zamówienia publicznego, z czym muszą się liczyć wykonawcy pragnący wziąć udział w postępowaniu. Zasada jawności postępowania ma dodatkowo służyć umożliwieniu samodzielnej kontroli przez wykonawców pod kątem prawidłowości i zgodności z przepisami czynności podejmowanych przez zamawiającego.

Dlatego też w opinii Odwołującego aktualny opis próbki - w świetle obowiązujących w Pzp zasad - jest niedopuszczalny, ponieważ wyłącza jakąkolwiek kontrolę działań Zamawiającego.

Praktyka Zamawiających w tego rodzaju postępowaniach zakłada czynny udział Wykonawcy w testowaniu próbki. Jako przykład Odwołujący wskazał kilka postępowań, w tym postępowanie pn. „E-szpital - stworzenie cyfrowego systemu informacji telemedycznej, gromadzenia, przetwarzania, archiwizacji danych dla Brzeskiego Centrum Medycznego w Brzegu” prowadzone przez Powiat Brzeski.

Nawet jeżeli badanie i ocena próbki zostaną odnotowane w protokole, to Wykonawca w żaden sposób nie będzie mógł zawartych w protokole twierdzeń zweryfikować. Przykładowo Wykonawca nie będzie miał wiedzy czy Zamawiający testując próbkę postępował zgodnie z instrukcją. Nieprecyzyjny opis próbki może prowadzić do licznych nadużyć w trakcie przeprowadzania testu, w szczególności, że Zamawiający nie zamierza jedynie dokonywać oględzin próbki, ale zamierza empirycznie sprawdzać funkcjonowanie poszczególnych elementów oprogramowania i sprzętu, stąd niezbędne jest dopuszczenie Wykonawcy do czynnego udziału w testowaniu próbki celem zapewnienia obiektywnej i rzetelnej oceny próbki. Podczas badania i oceny próbek bezwzględnie powinna być przestrzegana zasada jawności i przejrzystości postępowania przetargowego.

W Schemacie testu (Załącznik nr 9 do SWZ) Zamawiający w sposób następujący opisał zasady przydzielania punktów dla poszczególnych etapów testu: *„Zasada przydzielania punktów dla poszczególnych etapów testu: W zależności od etapu punkty będą przydzielane bądź za czas bądź za ilość kliknięć, i tak:*

najniższa wartość czasu w sekundach lub najmniejsza liczba kliknięć - 5pkt.

najwyższa wartość czasu w sekundach lub największa liczba kliknięć – 1 pkt.

wartości pośrednie będą liczone proporcjonalnie w zakresie od 1 do 5 pkt.

kontrolowane parametry będą liczone/ mierzone od momentu zalogowania do programu użytkownika (ekran startowy)”.

W opinii Odwołującego, dla zapewnienia kontroli prawidłowości działań Zamawiającego w ramach testowania próbki, Zamawiający powinien stworzyć obiektywne procedury przeprowadzania testowania próbki, m. in. zapewniając utwalenie przebiegu testowania za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk (rejestracja obrazu i dźwięku) oraz dołączenie takiej rejestracji do protokołu postępowania.

Kwestia naruszenia zasady proporcjonalności poprzez żądanie przedłożenia do testowania właściwie całego przedmiotu zamówienia a nie jego niewielkiego fragmentu, np. tylko oprogramowania)

Przy formułowaniu kryterium oceny ofert pn. „ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka

etykiet)" doszło zdaniem Odwołującego do naruszenia zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 Pzp, z uwagi na żądanie przez Zamawiającego w pkt 2 rozdz. pn. „Ocena ofert” SWZ przedłożenia do testowania właściwie całego przedmiotu zamówienia, a nie jego fragmentu. W ramach umowy Wykonawca będzie dostarczał system informatyczny, dwie sztuki sprzętu komputerowego, dwie wagi, dwie drukarki i dwie klawiatury (część A. SOPZ). Z kolei w ramach testowania Wykonawca, na żądanie Zamawiającego, będzie dostarczał oprogramowanie, sprzęt komputerowy, wagę, drukarkę i klawiaturę, co stanowi większość nabywanego zamówienia. Wartość samego sprzętu, który powinien zostać dostarczony do testowania, szacowana jest na kilkadziesiąt tysięcy złotych.

Zgodnie z SWZ Wykonawca ma dostarczyć Zamawiającemu licencję oraz sprzęt (sprzęt komputerowy, wagę, klawiaturę, drukarkę etykiet), a także udzielić gwarancji. Zatem Zamawiający zamierza testować prawie całość przedmiotu zamówienia, ponieważ Wykonawca będzie musiał zapewnić oprogramowanie i całość wymaganego zgodnie z SWZ sprzętu, z tą różnicą, że zamiast dwóch sztuk sprzętu komputerowego, wag, drukarek i klawiatur, Wykonawca dostarczy po jednej sztuce każdego z wyżej wymienionych sprzętów. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, które przy ocenie istoty próbki pozostaje aktualne na gruncie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych „uprawnienie do zażądania próbki (...) ograniczone jest przez uniwersalną regułę (...), zgodnie z którą zamawiający może zażądać od wykonawców wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zdaniem Izby ową niezbędność należy odnosić zarówno do możliwości zażądania dokumentu, jako takiego, jak i zażądanego zakresu dokumentu. Ta druga płaszczyzna oceny ma w szczególności znaczenie przy próbkce, której zakres nie został bliżej sprecyzowany w przywołanym przepisie rozporządzenia. Zatem również zakres zażądaney próbki musi być niezbędny dla przeprowadzenia postępowania. (...). Zamawiający winien zatem brać również pod uwagę, czy żądanie próbki nie naraża wykonawców na nadmierne obciążenia finansowe.” (wyrok KIO z dnia 22 listopada 2013 r. o sygnaturze akt: KIO 2600/13, 2609/13; wyrok KIO z dnia 23 lipca 2014 r., sygnatura akt: KIO 1395/14). Stanowisko dotyczące ograniczenia zakresu próbki do niezbędnego zakresu znajduje potwierdzenie również wśród przedstawicieli doktryny. Przykładowo M. Brzeziński wskazuje, że *„granicy żądania próbek (ich cech, możliwości, sposobu prezentacji) winna być umiarkowanie i zdrowy rozsądek. Pamiętać należy przecież, iż to zamawiający będzie potem oceniał złożone próbki, a próbka ma dotyczyć możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, nie zaś przygotowania, na etapie składania ofert, gotowego przedmiotu zamówienia w całości”*.

Żądanie przez Zamawiającego przedłożenia do testowania oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet) należy ocenić jako niedopuszczalne w świetle zasady proporcjonalności.

Kwestia postawienia wymogu przedłożenia próbki w ramach kryterium oceny ofert, przy czym sam opis próbki w SWZ wskazuje, że Zamawiający zażądał próbki w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania

Zgodnie z ustawą Pzp, która obowiązuje od dnia 1 stycznia 2021 r., próbka może mieć dwojaki charakter. Po pierwsze próbka może stanowić przedmiotowy środek dowodowy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, bowiem zgodnie z art. 106 Pzp Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Co istotne zgodnie z art. 107 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Wobec powyższego określenie próbki jako przedmiotowego środka dowodowego oznacza, że Wykonawca musi złożyć próbkę wraz z ofertą.

M. Falkowska wskazuje ponadto, że *„Taki przedmiotowy środek dowodowy podlega uzupełnianiu, ale tylko jeśli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Wówczas, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia (z wyjątkiem sytuacji, gdy próbka jest oceniana w kryteriach oceny ofert).”* W drugim przypadku próbka może stanowić podmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, ponieważ zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 11 lit. a Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: w przypadku dostarczania produktów: próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego. Podmiotowe

środki dowodowe są składane przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego, np. w trybie art. 126 Pzp.

Zatem decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji próbki będzie cel jej złożenia oraz termin przedłożenia próbki, dlatego też Zamawiający sporządzając dokumenty zamówienia powinien określić, czy próbka będzie przedmiotowym czy podmiotowym środkiem dowodowym.

Z Rozdz. pn. „Przedmiotowe środki dowodowe” SWZ (str. 2) wynika, że „1. Zamawiający na potwierdzenie, że oferowane dostawy, spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, żąda następujących przedmiotowych środków dowodowych:

1) Katalogi, instrukcje dokumentujące spełnienie wymagań technicznych, z których będzie można uzyskać informacje o każdym wymaganym parametrze.

2) Przedmiotowe środki dowodowe Wykonawca składa wraz z ofertą”,

co oznacza, że Zamawiający nie kwalifikuje próbki jako przedmiotowy środek dowodowy. Ponadto w Rozdz. pn. „Środki komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z Wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej” SWZ (str. 7) Zamawiający wskazał, że „1. Komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między Zamawiającym a Wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. 2. Oferty, oświadczenia, podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwo i inne dokumenty złożone w postępowaniu sporządza się i podpisuje w postaci elektronicznej, (...)”, co również potwierdza, że Zamawiający nie przewiduje by próbka miała zostać złożona wraz z ofertą. Ponadto wykaz podmiotowych środków dowodowych również nie zawiera próbki (Rozdz. pn. „Wykaz podmiotowych środków dowodowych” na str. 4 i n. SWZ).

Kryterium oceny ofert pn. „Ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet)” zostało opisane w sposób niejednoznaczny, nieściśły i niezrozumiały dla Odwołującego.

SWZ w rozdz. pn. „Ocena ofert” wskazuje, że Zamawiający żąda przedstawienia próbki w ramach kryterium oceny ofert. Z kolei z początkowej części Schematu testu (załącznik nr 9 do SIWZ) wynika, że Zamawiający zamierza testować działanie poszczególnych procesów działania systemu informatycznego w ramach 9 etapów. Ponadto Zamawiający zaznaczył w końcowej części tego dokumentu, że testowanie systemu jest ściśle powiązane z weryfikacją obowiązkowych parametrów. Opis próbki wprowadza w błąd w zakresie charakteru jaki został nadany wymaganej przez Zamawiającego próbce, bo z jednej strony próbka ma potwierdzać, czy system spełnia wymagania techniczne postawione przez Zamawiającego, co wskazywałoby, że Zamawiający nadaje próbce

charakter dokumentu przedmiotowego, ale z drugiej strony SWZ nie wskazuje by próbka miała być dostarczona Zamawiającemu wraz z ofertą, co wskazywałoby na podmiotowy charakter próbki. Ponadto w przypadku gdyby przedmiotowa próbka w istocie stanowiła przedmiotowy środek dowodowy, to Zamawiający zgodnie z art. 65 ust. 1 pkt 4 Pzp powinien odstąpić od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej (zgodnie z przepisem: zamawiający może odstąpić od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, jeżeli: zamawiający wymaga przedstawienia modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, których nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej).

Z przedmiotowym zarzutem został skorelowany wniosek o wykreślenie kryterium oceny ofert pn. „Ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet)” lub zmianę przedmiotowego kryterium poprzez ograniczenie procesu testowania próbki wyłącznie do oprogramowania bez sprzętu, przy zapewnieniu czynnego udziału Wykonawcy w trakcie testowania próbki, ewentualnie w przypadku uznania, że zakres próbki obejmować będzie oprogramowanie oraz sprzęt dopuszczenie Wykonawcy do czynnego udziału w procesie testowania próbki, w zależności od tego jakiego rodzaju środkiem dowodowym ma być próbka.

W świetle powyższej argumentacji, postawione zarzuty Odwołujący uważa za zasadne, wobec czego odwołanie winno być w całości uwzględnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach Zamawiającego, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „Pzp”).

Następnie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 528 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp, w wyniku potencjalnego naruszenia przez Zamawiającego

przepisów ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności ustalenia warunków ubiegania się o zamówienie przez Zamawiającego na wstępnym etapie postępowania, w tym opis przedmiotu zamówienia i opis oceny ofert oraz ustalenie kryteriów ich oceny pozbawia Odwołującego możliwości złożenia oferty, a tym samym możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania.

W aktach postępowania odwoławczego nie ujawniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Zamawiający uważa odwołanie za niezasadne.

Skład orzekający Izby uważa, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na podstawie art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Z art. 99 ust 1, ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp wynika, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Regulacja art. 106 i art. 107 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez

zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.

Z art. 134 pkt 4 i 18 ustawy Pzp wynika, że specyfikacja warunków zamówienia (dalej „SWZ”) powinna zawierać: opis przedmiotu zamówienia i opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach (tak art. 240 ustawy Pzp).

Z dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że Zamawiający przy wyborze i ocenie złożonych ofert kierować się będzie kryteriami ceny (60%) i oceny systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet) – 40%. W ramach tego drugiego kryterium Zamawiający przewidział, że będzie przyznawał punkty zgodnie z harmonogramem testowania przez Komisję Katowickiego Centrum Onkologii (przyszłych użytkowników systemu). Zamawiający wymaga dostarczenia i przygotowania do testu oprogramowania i sprzętu w terminie zgodnie z harmonogramem. Zamawiający wymaga dostarczenia instrukcji dla użytkowników oprogramowania, w terminie nie krótszym niż 4 dni przed przeprowadzeniem testu. Instrukcje proszę przesłać w formie papierowej lub elektronicznie w formacie pdf. Test ma się odbyć w siedzibie Zamawiającego według Schematu testu – Załącznik nr 9 do SWZ. Z załącznika tego wynika, że test będzie liczył 9 opisanych etapów. Oprogramowanie do testu ma posiadać słownik produktów leczniczych umożliwiający przeprowadzenie testu oraz co najmniej 4 kompletne schematy lekowe w tym schemat FOLFIRI. W zależności od etapu punkty będą przydzielane bądź za czas bądź za ilość kliknięć:

- najniższa wartość czasu w sekundach lub najmniejsza liczba kliknięć - 5pkt.
- najwyższa wartość czasu w sekundach lub największa liczba kliknięć - 1pkt.
- wartości pośrednie będą liczone proporcjonalnie w zakresie od - 1 do 5 pkt.

Kontrolowane parametry będą liczone/ mierzone od momentu zalogowania do programu użytkownika (ekran startowy).

W pkt 53 opisu przedmiotu zamówienia wskazano, że oprogramowanie do pracowni cytostatyków - licencja apteczna – produkcyjna służąca do produkcji leków cytostatycznych ma spełniać warunki GMP - potwierdzone certyfikatem (certyfikat z ofertą).

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołania, dostrzeżenia wymaga, iż granicę dozwolonych działań zamawiającego w zakresie opisu warunków umożliwiających ubieganie się o dane zamówienie, przez co należy rozumieć również opis przedmiotu zamówienia oraz ustalenie kryteriów oceny ofert stanowią wspomniane wyżej zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności jako nadrzędne zasady wyznaczone Prawem zamówień publicznych.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna. Nie oznacza ona natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu i określaniu reguł umowy, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należyłą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia, przy czym ustalone warunki mają być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Zamawiający ma prawa określić warunki udziału w postępowaniu odnoszące się po pierwsze do przedmiotu zamówienia oraz w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest

takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w najszerszym kontekście. Niewątpliwie granicę dozwolonych działań zamawiającego w tym zakresie stanowią wspomniane wyżej zasady. O złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać fakt, że na rynku istnieją podmioty, które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia.

Omawiając zasadę proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia wyżej opisanych zasad przy opisie przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, by wymóg posiadania przez oprogramowanie do pracowni cytostatyków - licencja apteczna – produkcyjna służąca do produkcji leków cytostatycznych certyfikatu GMP był uzasadniony i podyktowany potrzebami Zamawiającego.

Odwołujący wykazał, że wymóg przedstawienia wraz z ofertą odpowiedniego certyfikatu ma charakter nadmiarowy. Podano, że na rynku obecnie funkcjonuje tylko jeden producent, który takim certyfikatem dysponuje. Podmiot ten został w odwołaniu wymieniony z nazwy, podano odnośniki do stron internetowych, na których można zweryfikować

informację o posiadaniu certyfikatu. Zamawiający nie umiał wskazać innego podmiotu, który takim certyfikatem dysponuje. Nie wykazał, że istnieje możliwość uzyskania takiego certyfikatu przez inne podmioty oferujące oprogramowanie, że dysponowanie takim certyfikatem ma charakter powszechny. Odwołujący przywołał szereg postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w których tak sformułowany przez zamawiających wymóg ma charakter fakultatywny, może być dodatkowo oceniany. Jako kontrdowód Zamawiający złożył wyciąg jednej strony z bliżej niezidentyfikowanego z nazwy oraz przedmiotu postępowania prowadzonego przez niewymieniony w dokumencie podmiot, na dodatek nie będąc pewnym, czy zapis ten miał wartość obowiązującą do wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający odnosił się do stanowisk wyrażonych między innymi przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Po pierwsze dostrzeżenia wymaga, iż wszystkie te stanowiska zawierają rekomendacje, by przygotowywanie leków winno odbywać się zgodnie z GMP. Nie mają więc one charakteru obligatoryjnego wymogu. Co ważniejsze jednak w ocenie Izby, rekomendacje te odnoszą się do procesu przygotowania leku a to nie tylko oprogramowanie będące przedmiotem zamówienia za to przygotowanie odpowiada. Jest ono tylko jednym z elementów, który bierze udział w całym procesie. Nie było sporne między Stronami, że standard GMP oznacza, że produkt leczniczy oraz substancja czynna są wytwarzane i kontrolowane odpowiednio do ich zamierzonego zastosowania. Co do zasady Izba podziela takie stanowisko, które powodowane jest troską o dobro pacjentów. Tym niemniej to nie tylko oprogramowanie odpowiada za prawidłowość całego procesu produkcji. Nie mniej ważny jest tu czynnik ludzki oraz wyposażenia, czy warunków, w których dany lek powstaje. Izba podziela zapatrywanie Odwołującego, że by Zamawiający w swojej działalności mógł wykorzystać certyfikat GMP, to standard ten musiałby obejmować przynajmniej działalność szpitalnej apteki, a nie wyłącznie użytkowane oprogramowanie (licencję apteczną). Z definicji pojęcia GMP wynika, że *„Dobra Praktyka Produkcyjna ma na celu zapewnienie powtarzalności i jednorodności wyrobów poprzez ścisły nadzór nad całym procesem produkcji – od zaopatrzenia w surowce, poprzez magazynowanie, produkcję, pakowanie, znakowanie, aż do składowania i dystrybucji wyrobów gotowych. Pozwala więc na eliminowanie wszelkich sytuacji groźących zanieczyszczeniem wyrobu obcymi substancjami i ciałami chemicznymi, fizycznymi oraz szkodliwą mikroflorą”*. Zachowanie tych wszystkich wymogów nie gwarantuje samo oprogramowanie, przy pomocy którego powstaje produkt końcowy. Tak więc nawet posiadanie przez konkretne oprogramowanie takiego certyfikatu nie daje Zamawiającemu gwarancji, że wymagane standardy w produkcji zostaną zachowane. Dlatego też w ocenie składu postawiony przez Zamawiającego wymóg

dysponowania certyfikatem ma charakter nadmierny, nie uzasadniony jego szczególnymi i specyficznymi potrzebami.

Irrelewantna w takim przypadku dla wymogu opisu przedmiotu zamówienia pozostaje okoliczność przywołana w odpowiedzi na odwołanie, że jednostka Zamawiającego posiada certyfikat ISO. System ISO odnosi się do procesu zarządzania jednostką, organizacji pracy, dotyczy biznesowego podejścia prowadzenia działalności a tylko w niewielkim zakresie odnosi się do procesu produkcji. GMP koncentruje się na produkcji i kontroli jakości, ISO skupia się na wszystkich działach i procesach organizacji.

Z tych powodów Izba uznała zarzuty odwołania za zasadne i nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany i modyfikacji dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez nadanie wymogowi charakteru fakultatywnego.

Przechodząc do oceny zasadności kolejnego zarzutu, Izba uznała, że częściowo zasługiwał on na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że procedura przeprowadzenia testu próbek zawarta w Załączniku nr 9 (Schemat testu) nie odnosi się do uczestnictwa Wykonawcy. Z żadnego miejsca Schematu nie wynika, że Wykonawca, który przedstawi próbkę do badania będzie mógł w teście, czy to czynnie, czy to biernie uczestniczyć. Z dokumentów nie wynika również, że przebieg procesu badania zostanie w jakiś sposób utrwalony. Nieuregulowanie tych kwestii Izba uważa, za błąd dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy Pzp jasno stanowią, że opis kryteriów oceny ofert ma umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. W opisie kryteriów w SWZ Zamawiający wskazał, że oceny będzie dokonywała komisja przetargowa, obowiązkiem Wykonawcy będzie dostarczenie instrukcji użytkownika. Załącznik nr 9 milczy w kwestiach identyfikacji osób, które mogą brać udział w teście.

Niewątpliwie celem przestrzegania zasady jawności postępowania i w celu zapewnienia obiektywnej oceny ofert konieczny staje się udział w teście tak przedstawicieli Zamawiającego, jak też przedstawicieli Wykonawcy, którego oferta podlega ocenie. Jeżeli Zamawiający nie wymaga złożenia wraz z ofertą próbki w postaci prezentacji funkcjonalności systemu w zakresie opisanym w Schemacie testu, ale przewiduje interaktywny proces badania, to winien ten proces krok po kroku opisać oraz wskazać kto może w nim uczestniczyć, w jaki sposób będzie on przebiegał i jak zostanie utrwalony. Izba nie widzi przeszkód, by przy zachowaniu regulacji ustawy o RODO proces badania został utrwalony przy pomocy urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk. Odwołujący przedstawił wiarygodną argumentację, że proces badania odbywał się będzie przy użyciu specjalistycznego sprzętu i oprogramowania, o znacznej wartości, obsługa sprzętu

niewątpliwie wymaga posiadania doświadczenia, które gwarantuje udział przedstawiciela Wykonawcy. Izba wyraża przekonanie, że wówczas wyniki testu będą najbardziej miarodajne, ponieważ to rolą wykonawcy będzie udowodnienie, że oferta spełnia wymogi SWZ i wykazanie, że jego system zasługuje na najwyższą ocenę.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poinformował, że dokonał wyjaśnienia treści specyfikacji w odpowiedzi na zapytanie Wykonawcy rozwiewając wątpliwości co do uczestnictwa Wykonawcy w procesie testowania. Niestety dowód udzielenia takiej odpowiedzi nie został Izbie przedstawiony. Odpowiedzi takie nie zostały również zamieszczone na portalu, na którym prowadzone jest postępowanie. Tym samym jest to jest jedynie gołosłowna deklaracja Zamawiającego. Dlatego też Izba uznała, że konieczna jest modyfikacja zapisów SWZ przez dodanie do opisu przebiegu schematu testów informacji o zapewnieniu czynnego udziału wykonawcy w tym procesie z uwzględnieniem możliwości rejestracji przebiegu testu za pomocą urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk oraz dodanie zapisów o dołączeniu wyniku testów i oceny do protokołu z postępowania.

Izba uznała za niezasadne zastrzeżenia odwołania odnośnie do zakresu badania próbki. Z treści załącznika nr 9 wynika, że oprogramowanie do testu ma posiadać słownik produktów leczniczych umożliwiające przeprowadzenie testu oraz co najmniej 4 kompletne schematy lekowe w tym schemat FOLFIRI. Następnie Zamawiający opisał 9 etapów, w których badań będzie wykonywanie określonych czynności przy użyciu oferowanego oprogramowania, w tym także proces produkcyjny metodą grawimetryczną i wolumetryczną zleconych preparatów. Stąd w wymaganiach pojawia się wymóg dostarczenia specjalistycznej wagi. Słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, że przedmiotem badania będzie tylko część możliwości oferowanego przedmiotu. Zamawiający nie będzie sprawdzał przebiegu procesu przy produkcji wszystkich zleconych w jednostce preparatów. Wykonawcy w Schemacie testu dostali konkretne wytyczne produkcja jakich preparatów, z jakich składników będzie badana. Tych wymagań Izba nie uważa za nadmierne.

Ostatnią kwestią poruszoną w odwołaniu w przedmiocie próbki jest jej niedookreślony charakter. Odwołujący wyrażał wątpliwości, czy próbka jest podmiotowym środkiem dowodowym, czy też ma charakter przedmiotowy. O ile zgodzić należy się, że zapisy SWZ wydają się w tej kwestii niejednoznaczne, o tyle sam zarzut odwołania nie mógł być przez Izbę uwzględniony. Powodem oddalenia zarzutu w tej części jest brak sformułowania przez Odwołującego żądania. Odwołujący w katalogu żądań ujętych w odwołaniu, nie wskazał w jaki sposób Zamawiający miałby dokonać zmian opisu SWZ. Nie podano jakiegokolwiek propozycji tych zapisów. W ocenie składu orzekającego Izby, a także ugruntowanego stanowiska doktryny i orzecznictwa, to Odwołujący, formułując swoje żądania, wskazuje,

jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom. Żądania odwołania są bowiem pewną reasumpcją podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi do podmiotu uprawnionego do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania, ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący zadość interesowi Odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Niestaranne lub nieprecyzyjne sformułowanie zarzutu oraz jego uzasadnienia, a także postawienie żądania w formie blankietowej przez Odwołującego czyni niemożliwym ze strony Izby przychylenie się do zarzutów i żądań na dalszym etapie postępowania. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SWZ oraz treści umowy, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. Żądania wyznaczają bowiem oczekiwany przez Odwołującego stan rzeczy. Stąd tak istotne są żądania stawiane w konkretnym postępowaniu odwoławczym - ich czytelne przedstawienie oraz wskazanie związku ze stawianymi zarzutami. Jest to szczególnie istotne w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem są postanowienia SWZ lub wzoru umowy. To żądania bowiem wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SIWZ lub postanowień umownych. Żądania Odwołującego miały charakter ogólnych oczekiwań, nie odwoływały się do propozycji konkretnych zapisów, sposobu zmiany postanowień SWZ, co uniemożliwiało Izbie uwzględnienie przedmiotowego zarzutu. Nie wpłynęło to jednak na kształt sentencji, ponieważ Izba uznała, że główne zarzuty dotyczące kryteriów oceny ofert i przebiegu testu potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji. Izba odstąpiła od rozdzielenia kosztów na podstawie § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) bowiem za powyższym przemawiała waga i rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę. Główna oś zarzutów odnoszących się do kryteriów oceny ofert i nieprawidłowego sposobu ich ukształtowania została przez Izbę uznana za zasadną. Zarzuty związane z określeniem charakteru próbki miały znaczenie poboczne dla przedmiotu sporu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od

odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....