

**WYROK**  
z dnia 10 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

**Protokolant: Sylwia Jankowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkanie z siedzibą w Wyszkanie,**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Samodzielnemu Publicznemu Zespołowi Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkanie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu, połączone wraz z wystąpieniem - na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - do Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Szpital w Iłży o przedłożenie informacji, dotyczących zamówienia, opisanego w części IV C – zdolność techniczna i zawodowa (str. 13) jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) oraz w pkt 1 wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw - zawartych w ofercie wykonawcy Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - w zakresie wartości dostarczonego sprzętu komputerowego (w tym sprzętu serwerowego);**

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkanie z siedzibą w Wyszkanie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkanie z siedzibą w Wyszkanie** na rzecz wykonawcy **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszku z siedzibą w Wyszku (dalej: „Zamawiający” lub „SPZZOZ”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „E - usługi w SPZZOZ w Wyszku”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S190-341788 w dniu 10 października 2016 r.

W dniu 10 lutego 2017 r. Zamawiający, za drogą elektroniczną i faksową, powiadomił wykonawców ubiegających się o zamówienie, w tym wykonawcę Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Comarch” lub „Odwołujący”) o dokonany wybór oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „Atende”).

W dniu 20 lutego 2017 r. Comarch wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty Atende, pomimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) - co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Atende z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu - co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy;
3. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Atende z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził

zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz który co najmniej 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 - mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania czynności uznania - co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy;

4. zaniechaniu odrzucenia oferty Atende, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny - co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz dokonanie niewłaściwej oceny oferty w zakresie tzw. odwróconego VAT - której można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do tego wykonawcy - co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 87 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 3a ustawy;
5. prowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy;
6. dokonaniu niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty Atende jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona - co stanowi naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania

i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienie czynności wyboru oferty Atende,
- dokonanie ponownej czynności oceny ofert,
- wykluczenia wykonawcy Atende z postępowania,
- odrzucenia oferty wykonawcy Atende,
- wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Comarch wyjaśniał:

## Zarzut 1 - zaniechanie odrzucenie oferty wykonawcy Atende - niezgodność treści oferty z treścią siwz

Odwołujący wywodził powyższy zarzut z trzech różnych, niezależnych podstaw faktycznych.

Po pierwsze - wskazywał, że każda oferta składania w niniejszym postępowaniu miała - zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz - obejmować również dostawę sprzętu, w tym:

- 2.4. Zakup przełączników - 2 sztuki
- 2.5 Zakup przełączników 52 portów - 4 sztuki
- 2.6 Zakup przełącznika 28 porty- 6 sztuk
- 2.8 Punkty dostępowe 48 sztuk
- 2.10 Zakup licencji do zarządzania użytkownikami

Jednocześnie Zamawiający określił w pkt 3.2.2 siwz, iż: w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w siwz, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty, co następuje:

- a) specyfikacje techniczne sprzętu i wymagane oświadczenia producentów sprzętu,
- b) karty katalogowe sprzętu.

Odwołujący zarzucał, iż oferta wykonawcy Atende nie pozwala na podjęcie wiedzy co konkretnie wybrany wykonawca w ww. zakresie oferuje, gdyż Atende nie określił bowiem w żadnym miejscu oferty jakie urządzenia, odpowiadające wymogom pkt 2.4, 2.5, 2.6, 2.8 i 2,10 - oferuje. Wykonawca Atende załączył co prawda do oferty karty katalogowe oferowanych produktów, jednak nie umożliwiają one potwierdzenia czy zaproponowane urządzenia spełniają wymagania określone w siwz, a nade wszystko - jak wskazano wyżej - nie pozwalają nie precyzują co konkretnie zaoferował w tym zakresie wykonawca. Przykładowo Atende mógł dokonać takiego wskazania bądź poprzez - jak to uczynił Odwołujący - wpisanie konkretnego modelu

oferowanych urządzeń wprost w treści oferty [formularz sprzętowy składany w ofercie był edytowalny], bądź poprzez np. zakreślenie na załączonej do oferty karcie katalogowej, sprzętu który model oferuje.

Zdaniem Comarch problem leży w tym, iż np. dla przełączników wymaganych w punktach 2.4, 2.5, 2.6 załącznika nr 1 do siwz załączone karty katalogowe obejmują kilka odmiennych modeli urządzeń, istotnie różniących się pomiędzy sobą parametrami technicznymi. Co więcej - niektóre spośród wymienionych modeli pozwalają na spełnienie wymagań siwz, niektóre zaś nie. Tymczasem Zamawiający określił wymagania dla ww. sprzętu bardzo szczegółowo.

Odwołujący twierdził, że karta katalogowa, znajdująca się w ofercie Atende obejmuje aż 5 różnych modeli przełączników dla serii D-Link DGS-3420, które są opisane w tej karcie: DGS-3420-28TC, DGS-3420-28PC, DGS-3420-28SC, DGS-3420-S2T czy DGS-3420-S2P. Nie wiadomo zatem, który konkretnie z tych modeli jest przedmiotem oferty.

Co więcej - 2 spośród ww. 5-u modeli urządzenia nie spełniają innych wymagań siwz. Odwołujący wskazywał, że modele DGS-3420-28TC oraz DGS-3420-28PC nie spełniają wymagania średniego czasu pomiędzy awariami (MTBF, z ang. Mean Time Between Failures), który powinien mieć wartość, zgodnie z wymaganiem siwz, określonym w załączniku nr 1 do siwz na str. 58, dla zaproponowanego urządzenia co najmniej 290 000 godzin.

Tymczasem powyższe 2 modele zawarte na karcie katalogowej Atende posiadają wartość MTBF odpowiednio 287 763 i 230 906 godzin. Wynika to zarówno z karty katalogowej znajdującej się w ofercie firmy Atende jak i z opisu parametrów urządzeń dostępnych na stronie <http://www.dlink.com/pl/pl/products/dgs-3420-series-xstack-12plus-managed-stackable-gigabit-switches>.

Z powyższego braku wskazania oferowanych w ramach oferty Atende modeli sprzętu wynikają doniosłe konsekwencje dla oceny tej oferty. W ocenie Comarch Zamawiający nie ma wiedzy który model wykonawca ten oferuje - a ustalenie

powyższego niechybnie prowadziłyby do niedozwolonych negocjacji pomiędzy wykonawcą a Zamawiający w zakresie przedmiotu oferty.

Ponadto fakt, że w obrębie zaoferowanej w świetle oferty alternatywy różnych modeli sprzętu (w przykładzie z pkt. 2.4. aż 5 różnych modeli) jedne modele spełniają wymagania siwz, a inne nie, powoduje, że poprawa oferty w tym zakresie nie jest możliwa - bowiem prowadziła by do określenia oferowanego przedmiotu zamówienia po terminie składania ofert. Nie sposób nie zauważyć, że po terminie składania ofert wykonawca na ewentualne zapytanie Zamawiającego z pewnością wskazałby model zgodny z siwz, a nie ten niezgodny (np. nie spełniający wymogu średniego czasu pomiędzy awariami).

Z kolei Zamawiający nie ma wiedzy ani podstaw by samodzielnie dokonać poprawy oferty w tym zakresie - nigdzie w treści oferty nie ma bowiem wskazania pozwalającego na takie ustalenie.

Po drugie - kolejną, niezależną podstawą faktyczną postawionego zarzutu (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) jest okoliczność, iż oferta wykonawcy Atende nie spełnia wymagania siwz - określonego w załączniku nr 1 do siwz na str. 39 dla „1.12 Stanowisko komputerowe przenośne Typ F - 1 sztuka” w zakresie zaproponowanego dysku twardego.

Zgodnie z ww. zapisem siwz przedmiot zamówienia obejmuje „Dysk twardy: SSD min. 128GB” (z ang. Solid State Drive) - wobec powyższego należało zaoferować dysk półprzewodnikowy, który nie specyfikuje się prędkością obrotową, gdyż zamiast talerzy magnetycznych posiada do zapisu pamięć flash, dzięki czemu dyski SSD są dyskami wydajniejszymi i trwalszymi od standardowych dysków magnetycznych. Tymczasem w ofercie firmy Atende został zaproponowany dla urządzenia Dell E5570 „standardowy dysk magnetyczny”, co wynika z zamieszczonej przez firmę Atende szczegółowej specyfikacji. Tym samym, w opinii Odwołującego, treść oferty wykonawcy Atende jest niezgodna z treścią siwz - oferuje bowiem stanowisko komputerowe przenośne z innym dyskiem niż wymagany w specyfikacji.

Po trzecie - wykonawcy zobowiązani byli zgodnie z siwz do załączenia do oferty wypełnionego załącznika nr 1 - zrzutowy opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z instrukcją znajdującą się w tym załączniku, oferent podczas wypełniania załącznika musiał wskazać producenta oraz model oferowanego urządzenia oraz potwierdzić jego oferowane parametry poprzez załączenie kart katalogowych.

Odwołujący w związku z powyższym zarzucał, iż oferta wykonawcy Atende nie spełnienia wymagań siwz dla „system zabezpieczenia sieci - LAN” (pkt 2.9). Jednym z nich była konieczność obsługi przez system zabezpieczeń sieci LAN „obsługi kart SD”. Tymczasem zaproponowane przez wykonawcę Atende na str. 72 załącznika nr 1 do siwz urządzenie STORMSHIELD SN510+ Premium nie spełnia tego wymogu, gdyż nie obsługuje kart SD, która to funkcjonalność była wymagana przez Zamawiającego.

#### Zarzut 2 - zaniechanie wykluczenie wykonawcy Atende z uwagi na nie wykazanie warunków udziału w postępowaniu

Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia było posiadanie przez wykonawców następującego doświadczenia:

- jedno zamówienie (rozumiane w treści warunku jako umowa o zamówienie publicznej, w ramach którego Wykonawca:

- a) wdrożył zintegrowany system informatyczny obejmujący co najmniej: HIS oraz ERP zawierający przynajmniej następujące moduły: izba przyjęć, ruch chorych, zlecenia, oddział, blok operacyjny, apteka, apteczka oddziałowa, gabinet lekarski, przychodnia AOS, rehabilitacja, epidemiologia, rejestracja do poradni, archiwum, kolejki oczekujących, pracownia diagnostyczna, JGP, Finansowo-Księgowy, Kadry-Płace, środki trwałe, magazyny,
- b) przeprowadził szkolenie dla pracowników zamawiającego, w tym z zakresu administrowania ww. systemu informatycznego oraz z zakresu użytkowania przynajmniej ww. modułów,



- c) dostarczył sprzęt komputerowy (w tym serwerowy), o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto,
- d) zbudował sieć logiczną wykorzystywaną przez ww. system informatyczny,
- e) wykonał modernizację serwerowni.

Comarch wyjaśniał, że wykonawca Atende jako realizację/zamówienie spełniające przedmiotowy warunek wskazał umowę zrealizowaną na rzecz SPZZOZ Szpital w Iłży, wskazując m.in., że przedmiotowa umowa spełnia ww. warunek w zakresie wartości dostarczonego sprzętu komputerowego (w tym serwerowego) o wartości ponad 2 500 000 zł brutto.

Odwołujący zarzucał po pierwsze, iż zakres tego zamówienia obejmował głównie systemy informatyczne, a sam sprzęt był jedynie jego małą, niewielką częścią. Tymczasem wartość całości zamówienia podana przez w niniejszej ofercie opiewa na 2 718 300,00 zł. brutto - a zatem niewiele ponad wymaganą w warunku wartość sprzętu (różnica wynosi ok. 200 tys. zł).

Z oświadczenia wykonawcy Atende zawartego w JEDZ, a następnie ze złożonego wykazu wykonanych zamówień wynika zatem, iż wykonawca twierdzi, iż wartość całości zamawianych do wdrożenia licznych systemów informatycznych, szkoleń, wieloletniej gwarancji, licencji na wdrażane oprogramowanie wynosiła tylko ok 200 tys. zł. zaś najwięcej - gdyż „ponad 2 500 000,00 zł. brutto” wart w ramach tego zamówienia był właśnie sprzęt. Tymczasem- zdaniem Odwołującego - tak nie jest.

Z uwagi na fakt, iż powyższe zamówienie referencyjne stanowiło umowę jawną, zawartą z jednostką finansów publicznych, dane na temat ww. umowy są łatwo dostępne. Powołane zamówienie zostało udzielone w ramach postępowania o numerze 2013/S 219-381473, ogłoszonego w dniu 12 listopada 2013 r. w TED, przez Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Szpital w Iłży, ul. Bodzentyńska 17, 27-100 Iłża, pn. „ŚRODOWISKO TELEINFORMATYCZNE SP ZZOZ W IŁŻY DLA GROMADZENIA, PRZETWARZANIA I WYMIANY DANYCH MEDYCZNYCH, DOKUMENTACJI MEDYCZNEJ W SYSTEMIE

## ELEKTRONICZNEGO OBIEGU DOKUMENTÓW ORAZ WYTWARZANIA I UDOSTĘPNIANIA E-USŁUG DLA PACJENTÓW".

Co więcej - jedna ze spółek Grupy Kapitałowej Odwołującego tj. Comarch Polska S.A. ubiegała się o przedmiotowe zamówienia, złożyła nawet ofertę - jednak postępowanie zostało unieważnione. Ponowne postępowanie w tym przedmiocie - właśnie to które zostało wskazane jako zamówienie referencyjne w wykazie wykonawcy Atende (opis przedmiotu zamówienia w obu postępowania nie różnił się) zostało wygrane przez Atende. Comarch na marginesie wskazywał, iż w powtórzonym po unieważnieniu postępowaniu Comarch Polska - pomimo przygotowania oferty - finalnie nie ubiegała się o jego udzielenie, co było podyktowane koniecznością rozdysponowania dedykowanego zespołu do realizacji innego kontraktu.

Konkretyzując zarzut - wskazano po pierwsze, że zgodnie z siwz na zakres umowy podanej przez wykonawcę Atende w JEDZ i następnie wykazie składały się następujące elementy (informacja ta znajduje się na stronach 7-10 siwz z tego postępowania):

- Zadanie 1 - wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego szpitala w części medycznej oraz w części zarządczej (czyli system HIS i system ERP wraz bazą danych, dostawa, instalacja, konfiguracja, wdrożenie oraz świadczenie 3 letniej usługi serwisowej na ww. systemy oraz na system bazy danych
- Zadanie 2 - wdrożenie Elektronicznego Obiegu Dokumentów i systemu zarządzania treścią, dostawa, instalacja, konfiguracja, wdrożenie oraz świadczenie 3 letniej usługi serwisowej na w/w system
- Zadanie 3 - budowa portalu intranetowego oraz e-pacjenta - dostawa, instalacja, konfiguracja, wdrożenie oraz świadczenie 3 letniej usługi serwisowej na ww. system
- Zadanie 4 - budowa usług środowiska informatycznego (system zarządzania identyfikatorami i kodami kreskowymi, system zarządzania treścią, aplikacje kart elektronicznych oraz usługi integracji tych systemów z EOD, portalem i

ZSI dostawa, instalacja, konfiguracja, wdrożenie oraz świadczenie 3 letniej usługi serwisowej na ww. systemy

- Zadanie 5 - budowa infrastruktury transmisji danych środowiska informatycznego szpitala - rozbudowa istniejącej przewodowej transmisji danych oraz dostawa, rozmieszczenie i zainstalowanie składników instalacji bezprzewodowej transmisji danych wraz 3 letnimi usługami gwarancyjnymi i serwisowymi
- Zadanie 6 - budowa infrastruktury przetwarzania danych - w tym modernizacja pomieszczeń serwerowni, systemy nadzoru, kontroli i zabezpieczenia pomieszczeń wraz z 3 letnimi usługami gwarancyjnymi
- Zadanie 7 - budowa infrastruktury zarządzania środowiskiem i uwierzytelniania - w tym dostawa, rozmieszczenie i zainstalowanie składników instalacji zarządzania środowiskiem i uwierzytelniania, dostawa oprogramowania realizującego funkcje usługi katalogowej z odpowiednimi licencjami, instalacja, konfiguracja i wdrożenie oprogramowania realizującego funkcje usługi katalogowej, konfiguracja i wdrożenie funkcji zdalnego w trybie wirtualnej sieci prywatnej (VPN), uruchomienie i konfiguracja usług uwierzytelniania dostępu do sieci i jej użytkowników (NAC), wraz z 3 letnimi usługami gwarancyjnymi
- Zadanie 8 - opracowanie polityki bezpieczeństwa informacji

Zdaniem Odwołującego z powyższego zakresu wynika, że sprzęt był mało istotnym składnikiem tego zamówienia. Główny zakres przedmiotu tego zamówienia to duże systemy szpitalne, takie jak HIS, ERP, Portal, E-usługi wraz z 3 letnimi usługami serwisowymi - co prowadzi do wniosku, iż nie mogły one kosztować tylko 218 300 zł brutto, czyli 177 479 zł netto.

Odwołujący wskazywał, że wartość tego sprzętu w przygotowanej ofercie Comarch wg wycen otrzymanych na jego potrzeby przez poddostawców wynosiła 720 000,00 zł netto/885 600,00 zł brutto. Odwołujący miał świadomość, że pomiędzy wykonawcami mogą istnieć różnice w wycenie sprzętu, będące pochodną otrzymywanych przez nich indywidualnie upustów. Nie mniej jednak występujące w tym zakresie zróżnicowanie cen ofert przekazywanych różnym partnerom przez producentów sprzętu oscyluje w granicach zazwyczaj od kilku procent do kilkudziesięciu procent. W tym przypadku jednak różnica pomiędzy ceną sprzętu pod

dokładnie takie samo zamówienie otrzymaną od poddostawców przez Comarch Polska S.A. a wartością sprzętu podawaną w niniejszej ofercie (JEDZ, Wykaz) przez Atedne wynosi aż 282%. Taka różnica nie znajduje uzasadnienia ani w rynkowej praktyce, ani w statusie handlowym i rynkowym Comarch Polska S.A. vs. firmy Atende.

Podsumowując Odwołujący twierdził, iż podane na potwierdzenie spełnienia ww. warunku przez wykonawcę Atende w ofercie doświadczenie w postaci zamówienia wykonanego dla rzecz SPZZOZ Szpital w Iłży, obejmowało sprzęt komputerowy (w tym serwerowy) o wartości ponad 2 500 000 zł brutto.

### Zarzut 3 - zaniechanie wykluczenie wykonawcy Atende - wprowadzenia w błąd Zamawiającego

Comarch twierdził, że w zakresie opisanym w zarzucie 2, wykonawca Atende świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu - przedstawił bowiem ewidentnie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na ocenę jego oferty, a zatem mające wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Wprowadzenie w błąd o którym mowa powyższej zawiera się dokładnie w treści oferty wykonawcy Atende, który dwukrotnie w JEDZ (raz w treści pierwotnej złożone, a drugi raz w wyniku uzupełnienia JEDZ w dniu 30.12.2016r. w innym zakresie - jednak informacja ta została za drugim razem podtrzymana), a kolejny raz w ramach złożonego wykazu usług podał informację, iż wartość sprzętu komputerowego w ramach tego zamówienia wynosiła ponad 2 500 000, 00 zł. brutto.

W ocenie Comarch powyższe twierdzenia są nieprawdziwe i wprowadzają Zamawiającego w błąd co do rzeczywistej wartości dostarczanego w ramach tego zamówienia sprzętu, Tym bardziej, że przecież dostawa sprzętu jest de facto odsprzedażą - w związku z czym istnieje w tym zakresie konieczność dokonywania zakupów u podmiotów obcych, powstają w tym zakresie konkretne koszty - ewidencjonowane przez każdą spółkę z przyczyn choćby podatkowych. Błąd w tym zakresie nie ma żadnego usprawiedliwienia i świadczy o świadomym, a co najmniej wynikającym z rażącego niedbalstwa, wprowadzeniu zamawiającego w błąd co do

spełnienia przez tego wykonawcę warunków podmiotowych w ramach niniejszego postępowania.

Powyższe wprowadzenie w błąd pozwoliło na nieprawidłową ocenę doświadczenia wykonawcy Atende - co miało wpływ na wynik postępowania, zakończony wyborem oferty tego wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego w okolicznościach sprawy należy uznać, iż złożenie przedmiotowego oświadczenia nie jest wynikiem jakiegoś przeoczenia, błędu czy niezamierzonej omyłki wykonawcy Atende - lecz oświadczeniu temu przyświecał zamiar Atende wprowadzenia Zamawiającego w błąd - w celu uzyskania zamówienia, mając świadomość szkodliwego skutku swego działania w kontekście posłużenia się w/w dostawą, która została wykorzystana, już poza wiedzą wystawcy referencji, na potwierdzenie doświadczenia innego niż wynikało z ogólnej treści referencji.

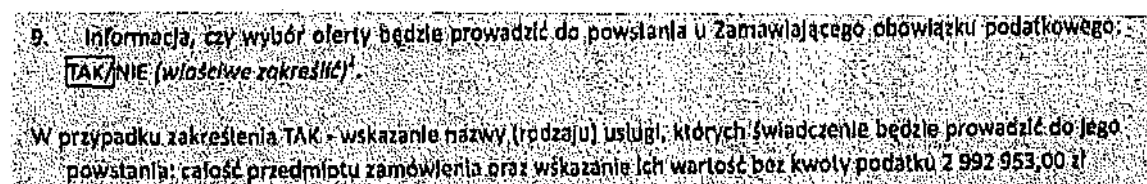
Trudno bowiem przyjąć, iż profesjonalny uczestnik rynku nie kontroluje, nie wie lub „zapomina” o tym jaka wartość przedmiotu zamówienia była realizowana na rzecz jednego z klientów publicznych, tym bardziej w sytuacji, gdy referencja została wystawiona stosunkowo niedawno.

Trudno zatem przyjąć brak wiedzy czy świadomości również co do choćby rozliczeń podatku VAT od dostarczonego wówczas sprzętu, który zresztą musiał zostać zamówiony i również rozliczony u konkretnego producenta. W profesjonalnym obrocie za wykonaniem określonego zobowiązania idą przeciw rozliczenia oraz powstaje obowiązek podatkowy - stosownie do objętej nimi usługi lub towaru. Również z tego punktu widzenia „omyłka” czy lub nieumyślny błąd w zakresie twierdzenia o rzeczywistej wartości dostaw jest wykluczone.

Zdaniem Odwołującego spełnione są przesłanki pozwalające - w okolicznościach tej konkretnej sprawy - na uznanie intencjonalnego i świadomego działania przez Przystępującego i wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co ma wpływ na wynik postępowania. Wykonawca Atende musiał bowiem mieć świadomość okoliczności dotyczących dostawy, a wpisując do oferty informacje odmienne niż prawdziwy stan rzeczy - działał z zamiarem wprowadzenia w błąd.

Zarzut 4 - błąd w obliczeniu ceny, niewłaściwa ocena oferty w zakresie tzw. odwróconego VAT

Odwołujący wskazywał, że w treści formularza ofertowego należało podać informację, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. Wykonawca Atende uzupełnił w tym zakresie formularz ofertowy w następujący sposób:



Jak widać z powyższego wykonawca ten wskazując nazwę (rodzaj) usługi, których świadczenie będzie prowadzić do jego powstania i podał: „całość przedmiotu zamówienia”, Jednocześnie, określając wartość netto tego zakresu - czyli całego przedmiotu zamówienia - na kwotę 2 992 953,00 zł. Jest to zatem - w świetle oferty wykonawcy Atende - wartość netto całego zamówienia.

Zdaniem Odwołującego na tym tle rysują się następujące nieprawidłowości:

Po pierwsze - jeżeli wartość netto całego zamówienia wynosi 2 992 953,00 zł. - to w ofercie nastąpił błąd w obliczeniu ceny, bowiem kwota ta powiększona o podatek VAT - czyli cena brutto oferty została określona na 3 627 602,18 zł. - pkt 5 Formularza Ofertowego poniżej, podczas gdy prawidłowa kalkulacja winna wynosić - dodając do podanego netto wartość brutto wg stawki 23% - 3 681 332,19 zł, czyli więcej niż wynosi podana cena oferty.

Comarch wyjaśniał, że nawet jeśli w jakiejś części przedmiotu zamówienia wykonawca Atende oferuje przedmiot z inną stawką VAT - np. 8% - nie ma możliwości poprawienia matematycznego (rachunkowego) powstałej niezgodności w tym zakresie, bowiem powyższy błąd nie jest błędem czysto rachunkowym, a błędem wynikającym z błędnego obliczenia ceny w stosunku do oferowanego przedmiotu zamówienia z zastosowaniem stosownych stawek podatkowych - tym bardziej, iż nie

są znane, gdyż nie zostały wydzielone - wartości usług podlegających opodatkowaniu według innej niż podstawowa stawki. Zdaniem Comarch poprawienie powyższego musiałyby prowadzić do nieuchronnych negocjacji ceny oferty w toku prowadzonych wyjaśnień - co nie jest dopuszczone przez ustawę (Zamawiający musiałyby podjąć wiedzę nie wynikającą z treści oferty jaka jest wartość elementu zamówienia objętego opodatkowaniem jako np. produkt medyczny w wysokości 8% VAT).

Po drugie - na powyższy błąd nakłada się problem związany z określeniem zakresu zastosowania tzw. podatku odwróconego VAT. Niewątpliwie w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi produkty w stosunku do których taki odwrócony podatek VAT występuje (np. tablety). Odwołujący wyodrębnił ten zakres we własnej ofercie - ograniczając go do wymaganego w ofercie przedmiotu z którego oferowaniem wiąże się powstanie powyższego obowiązku. Niewątpliwie w przypadku niniejszego zamówienia materializuje się wymóg złożenia oświadczenia w trybie art. 93 ust 3a Pzp. - z uwagi na objęty ofertą przedmiot opodatkowania.

Nie mniej jednak z całą pewnością nie może być to - jak wskazano w ofercie - „całość przedmiotu zamówienia”, obejmująca przecież głównie oprogramowanie zapewniające świadczenie określonych w OPZ e-usług.

Odwołujący zarzucał, że wykonawca Atende niewłaściwie wywiązał się z przedmiotowego obowiązku, błędnie, tj. zbyt szeroko, przedstawiając nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania w/w obowiązku. Z całą pewnością bowiem cały przedmiot zamówienia nie podpada pod mechanizm tzw. odwróconego obciążenia, a jedynie jego część.

Dotychczasowe orzecznictwo KIO w zakresie niewłaściwego wywiązania się obowiązku informacyjnego regulowanego art. 93 ust. 3a Pzp wskazuje, że prawidłowa wykładania tego przepisu prowadzi do wniosku, iż wymóg złożenia informacji odnośnie tego czy wybór oferty prowadzi do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca składa ofertę, której wybór prowadziłby do powstania takiego obowiązku u Zamawiającego. Odrzucenie zatem oferty, której wybór nie prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego z tego względu, że składający ją wykonawca nie złożył informacji o tym właśnie, że wybór jego oferty nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego jest sprzeczne z

ustawą z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tak np. KIO 914/16). Nadto wskazuje się w orzecznictwie, że omyłkowe, a nawet niewłaściwe, wypełnienie przez wykonawcę pozycji formularza ofertowego związane z wykonaniem ciężącego na wykonawcy obowiązku informacyjnego w stosunku do zamawiającego o ewentualnym powstaniu po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego (art. 91 ust. 3a Pzp) nie jest obwarowane sankcją odrzucenia oferty.

Zdaniem Comarch wymaga podkreślenia pozytywna deklaracja wykonawcy Atende w tym zakresie w ofercie. Wykonawca ten jednoznacznie określił, iż oferta jego do takiego obowiązku prowadzi (zaznaczając TAK). Zarzucamy jednak że wadliwie określił zakres tego obowiązku - uniemożliwiając Zamawiającemu wywiązanie się nałożonych na niego zobowiązań podatkowych (jak wyżej wskazano „cały przedmiot zamówienia” - pomimo że ujawniono jego wartość netto jako całości) - nie może w całości prowadzić do powstania obowiązku tzw. odwrotnego obciążenia, bowiem dostawa towarów wskazanych w poz. 28-28c załącznika nr 11 do ustawy o VAT jest jedynie częścią, a całością przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego Comarch zarzucał, że Zamawiający - który zaniechał wezwania Atende do wyjaśnienia powyższego zakresu - czym naruszył art. 87 ust. 1 Pzp - dokonał oceny oferty Atende z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do tego wykonawcy.

W dniu 22 lutego 2017 r. do Izby, ze strony wykonawcy Atende, wpłynęło pismo, zawierające zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 7 marca 2017 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, zawierającą argumentację odnoszącą się do zarzutów odwołania. W treści pisma Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz zasądzenie od Odwołującego kosztów zastępstwa przed Izbą. Odpis pisma Izba przekazała Odwołującemu oraz Przystępującemu.



**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzuty, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Atende na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji. Izba uznała, że zgłoszone zarzuty nie potwierdził się.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w siwz w rozdziale 2 wskazał, że szczegółowy zakres zamówienia został opisany w szczególności w załączniku nr 1 – szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

W powyższym załączniku Zamawiający podał, że oferent podczas jego wypełniania musi wskazać producenta oraz model oferowanego urządzenia oraz potwierdzić jego oferowane parametry.

Izba ustaliła, że treścią ww. załącznika nr 1 do siwz Zamawiający wymagał dostawy sprzętu, w tym:

- 2.4. zakup przełączników - 2 sztuki (str. 58-62 załącznika). W treści wymagań Zamawiający wskazał, że urządzenie powinno charakteryzować się średnim czasem pomiędzy awariami wynoszącym co najmniej 290 000 godzin.
- 2.5 zakup przełączników 52 portów - 4 sztuki (str. 62-64 załącznika)
- 2.6 zakup przełącznika 28 porty- 6 sztuk (str. 64-68 załącznika)

- 2.8 punkty dostępowe 48 sztuk(str. 69-72 załącznika)
- 2.10 zakup licencji do zarządzania użytkownikami (str. 73-74 załącznika).

Ponadto w załączniku nr 1 do siwz w pkt 1.12 – Stanowisko komputerowe przenośne Typ F - 1 sztuka (str. 38-41) Zamawiający w zakresie dysku wskazał: „Dysk twardy: SSD min. 128GB”.

Natomiast w pkt 2.9 załącznika nr 1 do siwz (str. 72-73) - system zabezpieczenia sieci – LAN w pkt. 18 zamawiający określił „obsługa kart SD”.

W pkt 3.2.2 siwz (str. 11 siwz) Zamawiający sprecyzował, że „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w siwz, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty, co następuje:

- c) specyfikacje techniczne sprzętu i wymagane oświadczenia producentów sprzętu,
- d) karty katalogowe sprzętu (...)

Izba ustaliła, że wykonawca Atende wraz z ofertą w części jawnej złożył wypełniony załącznik nr 1 do siwz, specyfikacje techniczne i oświadczenia producentów sprzętu, karty katalogowe w tym: sprzętu firmy D-link urządzenia DGS – 3420 Series, w której podano dane techniczne 5 typów ww. urządzenia, tj. DGS-3420-28TC, DGS-3420-28PC, DGS-3420-28SC, DGS-3420-S2T czy DGS-3420-S2P. W treści załącznika nr 1 wykonawca w pkt: 2.4, 2.5, 2.6, 2.8, 2.10 nie podał producenta i modelu oferowanego sprzętu. Natomiast w części niejawnej złożonej oferty wykonawca zawarł, w formie tabelarycznej (str. 863 i 864), zestawienie techniczno wartościowe produktów, w którym na str. 864 w zakresie pkt 2.4, 2.5, 2.6, 2.8, 2.10 podał m. in. nazwę produktu, producenta oraz model urządzenia a także ilość oferowanych produktów.

Izba ustaliła również, że wykonawca Atende w treści wypełnionego załącznika nr 1 do siwz w pkt 1.12 zaoferował urządzenie firmy Dell E5570. Na str. 39 w kolumnie „Dysk” podano: „Dysk twardy: SSD min. 128 GB”.

W specyfikacji (str. 389 oferty), zawartej w ofercie Atende, opatrzonej datą 1.12.2016 podano: „standardowy dysk magnetyczny”, natomiast w karcie katalogowej urządzenia w kolumnie „Storage options” podano: SSD M.2 SATA: up to 512GB, OPAL SED options”. Również w części niejawnej złożonej oferty wykonawca podał w tym zakresie konkretne dane urządzenia wskazujące na zaoferowanie określonego rozwiązania.

Z ustaleń Izby wynika także, iż wykonawca Atende w treści wypełnionego załącznika nr 1 do siwz w pkt. 2.9 zaoferował urządzenie STORMSHIELD SN510+ Premium (str. 72). W pkt. 18 na str. 73 ww. załącznika podał: „obsługa kart SD”. Również w części niejawnej złożonej oferty wykonawca podał w tym zakresie konkretne dane, wskazujące na zaoferowanie określonego rozwiązania.

W toku rozprawy Izbie złożono następujące dowody:

- pismo D-link Polska Sp. z o.o., w którym stwierdzono, że urządzenie DGS-3420-28TC jest oferowane w wersji sprzętowej B1, która spełnia wyspecyfikowane parametry, włącznie z ilością godzin MTBF (większa o ponad 29 tys. godzin w stosunku do wersji A1);
- kartę katalogową urządzeń DGS Series w której wskazano, że dla urządzenie DGS-3420-TC parametr w wersji B1 wynosi 293446 godzin.
- korespondencję w wersji elektronicznej z Panem M. D., przedstawicielem firmy Veracomp S.A. dotyczącą właściwości dysku SDD;
- oraz specyfikację firmy STORMSHIELD dla urządzenia SN510 wraz z tłumaczeniem jej fragmentów na język polski;
- korespondencję w wersji elektronicznej z pracownikami producenta urządzenia firmy STORMSHIELD SN510.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 2 lutego 2015 r. Sygn. akt. KIO 103/15, w który stwierdzono: „ (...) *Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ”.*

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba wskazuje, że wykonawca Atende - w odniesieniu do urządzeń opisanych w pkt 2.4, 2.5, 2.6, 2.8, 2.10 – nie podał co prawda w treści wypełnionego załącznika nr 1 do siwz informacji, wymaganych przez Zamawiającego, tj. oznaczenie producenta i modelu urządzenia. Nie mniej jednak z ustaleń Izby wynika, że informacje te zostały podane w części niejawniej oferty wykonawcy Atende (str. 863 i 864). W związku z tym powyższe uchybienie należy potraktować nie jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, a jedynie jako uchybienie co do formy, które nie skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy Atende na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Następnie Izba odniosła się do zarzutu niezgodności oferty wykonawcy Atende z treścią siwz w zakresie urządzeń opisanych w załączniku nr do siwz w 2.4. zakup przełączników - 2 sztuki (str. 58-62 załącznika). W treści wymagań Zamawiający wskazał, że urządzenie powinno charakteryzować się średnim czasem pomiędzy awariami wynoszącym co najmniej 290 000 godzin.

Z ustaleń Izby wynika, że dla urządzenia firmy D-link DGS-3420-TC parametr w wersji B1 średnim czasem pomiędzy awariami wynosi 293446 godzin. Powyższe wynika wprost z dowodów złożonych przez Odwołującego w postaci karty katalogowej urządzenia jak również z oświadczenia firmy D-link, złożonego przez Przystępującego. Na podstawie informacji zawartych w części niejawnej oferty, złożonej przez wykonawcę Atendę Izba stwierdziła, że w zestawieniu techniczno wartościowe produktów na str. 864 wykonawca zaoferował urządzenia spełniające ww. wymogi siwz. Tym samym zgłoszony zarzut Izba uznała za niezasadny.

Kolejno Izba odniosła się do zarzutu niezgodności oferty wykonawcy Atende ze specyfikacją w aspekcie wymagania, opisanego w załączniku nr 1 do siwz w pkt 1.12 – Stanowisko komputerowe przenośne Typ F - 1 sztuka (str. 38-41).

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający w zakresie dysku wymagał zastosowania dysku twardego: SSD o parametrach min. 128GB. Wykonawca Atende w złożonej ofercie zaoferował urządzenie firmy Dell E5570, na co wskazuje zapis na str. 39 wypełnionego załącznika nr 1 do siwz, natomiast w kolumnie „Dysk” podano: „Dysk twardy: SSD min. 128 GB” (str. 39). Powyższe zostało również potwierdzone treścią karty katalogowej urządzenia w kolumnie „Storage options” podano: SSD M.2 SATA: up to 512GB, OPAL SED options”. Również w części niejawnej złożonej oferty wykonawca podał w tym zakresie konkretne dane urządzenia wskazujące na zaoferowanie określonego rozwiązania. W związku z tym w omawianym zakresie Izba nie dopatryła się niezgodności oferty Przystępującego z treścią siwz.

Na końcu Izba rozpoznała zarzut niezgodności oferty wykonawcy Atende z treścią siwz, z uwagi na wymagania Zamawiającego w pkt 2.9 załącznika nr 1 do siwz (str. 72-73) - system zabezpieczenia sieci – LAN w pkt 18, w zakresie obsługi

kart SD. W omawianym obszarze Izba stanęła na stanowisku, że treścią załącznika nr 1 do siwz, w odniesieniu do systemu zabezpieczenia sieci – LAN, Zamawiający ukształtował jedynie wymóg obsługi kart SD, który nie powinien być utożsamiany z tym, że zaoferowane urządzenie ma mieć wbudowany czytnik kart SD. Zdaniem Izby powyższe jest nadinterpretacją postanowień siwz, które wskazują niezbicie, że zaoferowane urządzenie ma jedynie obsługiwać karty SD. Tym samym nie istnieje wymóg zaoferowania urządzenia, którego integralną częścią byłby czytnik kart SD.

W związku z powyższym, w omawianym zakresie, Izba pominęła dowody przedstawione przez Odwołującego, uznając je za nieprzydatne dla rozpoznania ww. zarzutu.

Biorąc pod uwagę zaprezentowaną powyżej argumentację Izba zbadała treść oferty Przystępującego i stwierdziła, że wykonawca Atende w treści wypełnionego Załącznika nr 1 do siwz w pkt. 2.9 zaoferował urządzenie STORMSHIELD SN510+ Premium (str. 72). W pkt. 18 na str. 73 ww. załącznika podał: „obsługa kart SD”. Zastosowane rozwiązanie w zakresie obsługi kart SD zostało przedstawione w części niejawniej złożonej ofercie wykonawcy, w której wykonawca podał w tym zakresie konkretne dane, wskazujące na zaoferowanie określonego rozwiązania, związanego z obsługą kart SD. Wobec tego w ocenie Izby nie sposób stwierdzić, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z treścią specyfikacji i tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Kolejno Izba rozpoznała zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy Atende z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 16 i 17 ustawy.

Z ustaleń Izby wynika, że warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia było posiadanie przez wykonawców następującego doświadczenia:

- jedno zamówienie (rozumiane w treści warunku jako umowa o zamówienie publicznej, w ramach którego Wykonawca:

- a) wdrożył zintegrowany system informatyczny obejmujący co najmniej: HIS oraz ERP zawierający przynajmniej następujące moduły: izba przyjęć, ruch chorych, zlecenia, oddział, blok operacyjny, apteka, apteczka oddziałowa, gabinet lekarski, przychodnia AOS, rehabilitacja, epidemiologia, rejestracja do

- poradni, archiwum, kolejki oczekujących, pracownia diagnostyczna, JGP, Finansowo-Księgowy, Kadry-Płace, środki trwałe, magazyny,
- b) przeprowadził szkolenie dla pracowników zamawiającego, w tym z zakresu administrowania ww. systemu informatycznego oraz z zakresu użytkowania przynajmniej ww. modułów,
  - c) dostarczył sprzęt komputerowy (w tym serwerowy), o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto,
  - d) zbudował sieć logiczną wykorzystywaną przez ww. system informatyczny,
  - e) wykonał modernizację serwerowni.

W Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) w części IV lit. C wykonawca Atende oświadczył, że spełnia opisany powyżej warunek, na potwierdzenie czego podał zamówienie realizowane na rzecz SPZZOZ Szpital w Łży, wskazując m.in., że ww. zamówienie obejmowało dostawę sprzętu komputerowego (w tym serwerowego) o wartości ponad 2 500 000 zł brutto. Następnie w wykazie wykonanych lub wykonywanych dostaw wykonawca Atende potwierdził ww. informację na temat dostawy sprzętu komputerowego (w tym serwerowego) o wartości ponad 2 500 000 zł brutto. W referencji z dnia 15 lipca 2016 r., wystawionej przez SPZZOZ Szpital w Łży wskazano m in., że przedmiot zamówienia dotyczył umowy zawartej dnia 20 stycznia 2014 r. o wartości brutto 2 718 300,00 zł. Treść referencji nie zawiera kwoty dostawy sprzętu komputerowego (w tym serwerowego).

W toku rozprawy Izbie złożono następujące dowody:

- wzór projektu umowy zamówienia realizowanego na rzecz SPZZOZ Szpital w Łży, w którym w § 6 ust. 6 podano, że łączna wartość infrastruktury IT (zadania 4-7) nie może przekroczyć 50 % wartości wskazanej w § 6 ust. 1 umowy. Natomiast w § 6 ust. 1 wzoru umowy podano, że za prawidłowe wykonanie Przedmiotu Umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie, którego łączna wartość nie może przekroczyć kwoty .... zł netto (...). Ponadto w § 1 ust. 1 określono rodzaje zadań;
- szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2 w ramach, którego wykonawca miał dostarczyć 2 szt. skanerów do dokumentów;

- szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 3 w ramach, którego wykonawca miał dostarczyć 6 szt. monitorów wielkoformatowych informacyjnych oraz 2 stanowiska informacyjne;
- kopię wniosku Comarch z dnia 23 lutego 2017 r. o dostęp do informacji publicznej, skierowanego do SPZZOZ Szpitala w Iłży, w zakresie zamówienia realizowanego przez Przystępującego.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Według art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Natomiast zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy, uwzględniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie wskazać należy, że Odwołujący co prawda nie udowodnił ale jednak wysoce uprawdopodobnił, że istnieją wątpliwości co wartości dostawy sprzętu komputerowego (w tym serwerowego), dostarczanego w ramach realizacji zamówienia na rzecz SPZZOZ Szpital w Iłży, do którego odwoływał się Przystępujący.

Powyższe wątpliwości Izby wyniknęły z następujących okoliczności. Po pierwsze należy wskazać należy na całkowitą wartość, opisanego powyżej



zamówienia, która wynosiła 2 718 300,00 zł. brutto. Podczas gdy, zgodnie z twierdzeniami Przystępującego, wartość dostawy sprzętu komputerowego (w tym serwerowego) wynosiła ponad 2 500 000 zł brutto. Dlatego też Izba podziela wątpliwości Odwołującego, który w oparciu o zakres zamówienia, opisany powyżej, wskazywał, że pozostała część zamówienia musiałaby kosztować tylko 218 300 zł brutto, czyli 177 479 zł netto. Podkreślenia także wymaga, że zakres przedmiotu tego zamówienia obejmował systemy szpitalne, takie jak HIS, ERP, Portal, E-usługi wraz z 3 letnimi usługami serwisowymi.

Po drugie Izba wskazuje, że z przedstawionego przez Odwołującego wzoru umowy (§ 6 ust. 6 wzoru umowy), który dotyczył zamówienia realizowanego na rzecz SPZZOZ Szpital w Iłży i nie był kwestionowany przez Zamawiającego i Przystępującego, wynika ograniczenie łącznej wartości infrastruktury IT (zadania 4-7) do wartości, która nie może przekroczyć 50 % wartości całego wynagrodzenie przysługującego wykonawcy. Na podstawie szczegółowych opisów przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2 i 3 wykonawca miał dostarczyć 2 szt. skanerów do dokumentów oraz 6 szt. monitorów wielkoformatowych informacyjnych a także 2 stanowiska informacyjne. W tym zakresie Izba uznała za wiarygodną argumentację przedstawianą przez Odwołującego, który twierdził, że wartość ww. urządzeń nie jest wysoka i łącznie może mieścić się w przedziale ok. 120 tys. zł.

Izba zwraca uwagę, że Odwołujący przedłożył również kopię wniosku Comarch z dnia 23 lutego 2017 r. o dostęp do informacji publicznej, skierowanego do SPZZOZ Szpitala w Iłży, w zakresie zamówienia realizowanego przez Przystępującego na który nie otrzymał odpowiedzi. W związku z tym Izba uznała, że Odwołujący przedłożył wystarczające dowody, które wysoce uprawdopodobniają okoliczności opisane w odwołaniu. Podkreślenia wymaga, że Przystępujący w toku rozprawy nie złożył żadnego dowodu, który wskazywałby na prawidłowość złożonego przez niego oświadczenia.

W związku z tym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu wystąpienie na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - do SPZZOZ Szpital w Iłży o

przedłożenie informacji, dotyczących zamówienia, opisanego w części IV C – zdolność techniczna i zawodowa (str. 13) JEDZ oraz w pkt 1 wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw, zawartych w ofercie wykonawcy Atende - w zakresie wartości dostarczonego sprzętu komputerowego (w tym sprzętu serwerowego).

Izba uznała, że dopiero po uzyskaniu informacji z strony SPZZOZ Szpital w lży w zakresie wartości dostarczonego sprzętu komputerowego (w tym sprzętu serwerowego) Zamawiający będzie mógł z całą pewnością przesądzić, czy wykonawca Atende spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisany w siwz a także dopiero wówczas będzie możliwe stwierdzenie, czy ten wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut zaniechaniu odrzucenia oferty Atende na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jako oferty, zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Izba uznała zgłoszony zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że w złożonej ofercie, w Formularzu Ofertowym w pkt 9 wykonawca Atende, zaznaczając opcję „TAK” poinformował, że wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. W powyższym zakresie wykonawca wskazał na „całość przedmiotu zamówienia”, podając jednocześnie, kwotę bez podatku - 2 992 953,00 zł. W treści powyższego formularza jednak w pkt 5 wykonawca Atende podał: „Oferujemy realizację przedmiotu zamówienia za cenę całkowitą 3 627 602,18 zł brutto (słownie: (...))”.

W zakresie omawianego zarzutu Izba stoi na stanowisku, co znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Izby, że niewłaściwe wypełnienie przez wykonawcę pozycji Formularza Ofertowego, związane z wykonaniem ciążącego na wykonawcy obowiązku informacyjnego w stosunku do Zamawiającego o ewentualnym powstaniu po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego (art. 91 ust. 3a Pzp) nie jest obwarowane sankcją odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że w rozpoznawanym postępowaniu Zamawiający nie wymagał od wykonawców podania odrębnie wartości netto i brutto oferowanej ceny a jedynie całkowitej ceny za realizację zamówienia, która była niewątpliwie ceną brutto. Przystępujący właściwie wypełnił ten obowiązek, podając w pkt 5 Formularza Ofertowego cenę całkowitą realizacji zamówienia na poziomie 3 627 602,18 zł brutto. W związku z tym należy stwierdzić, że kwota podana w pkt 9 Formularza Ofertowego, podana przez wykonawcę Atende w kontekście tzw. „odwróconego podatku VAT”, pozostaje bez wpływu na całkowitą, zaoferowaną przez tego wykonawcę, wartość realizacji przedmiotu zamówienia. Nawet gdyby uznać, że w rozpoznawanej sprawie wykonawca pomylił się w tym zakresie to taka pomyłka nie wywołuje skutku w postaci konieczności odrzucenia jego odwołania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Tym samym Izba podziela stanowisko Zamawiającego, opierające się tym, że w takiej sytuacji niecelowe było występowanie do wykonawcy o wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Podsumowując, Izba nie stwierdziła w omawianym przypadku naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, polegającego na odrzuceniu oferty wykonawcy Atende jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

.....