

Sygn. akt KIO/UZP 240/10

WYROK
z dnia 16 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Asseco Poland S.A., al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań** protestu z dnia 18 stycznia 2010 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 8.01.20010 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności Zamawiającego polegającej na wyznaczeniu zakresu prezentacji systemu informatycznego, z zastrzeżeniem zachowania wyłącznie tych wymagań, które określone zostały w SIWZ w załączniku nr 1 w pkt 9, oznaczonych w tabeli słowem: „TAK” w kolumnie: „Wymagane w momencie prezentacji”,

2. kosztami postępowania obciąża Szpital Kliniczny im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Asseco Poland S.A., al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań** na rzecz **Asseco Poland S.A., al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Asseco Poland S.A., al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów**.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na: „*Dostawę i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego szpitala*”, zostało wszczęte przez Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego z siedzibą w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 178 poz. 217794 z dnia 15.09.2007 r.

W dniu 8.01.2010 r. Zamawiającego przekazał *faxem* firmie: Asseco Poland S.A., ul. Al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów zwanej dalej: „*Asseco Poland S.A.*” albo „*Protestującym*” albo „*Odwołującym*” pismo, w którym Zamawiający wyznaczył termin prezentacji określonych modułów systemu informatycznego, którego dostarczenie jest przedmiotem niniejszego postępowania oraz zakres funkcjonalny modułów podlegających prezentacji w pierwszej kolejności. Zamawiający tym samym dokonał ponownej czynności wyznaczenia zakresu prezentacji systemu informatycznego, lecz w innych terminach niż określone zostały w piśmie z dnia 31.12.2009 r.

W dniu 18.01.2010 r. (*faxem*) Asseco Poland S.A. na podstawie art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „*Pzp*” złożył protest na czynność Zamawiającego z dnia 8.01.2010 r. Wyznaczenie w piśmie z 31.12.2009 r. zakresu prezentacji systemu informatycznego, stanowiło przedmiot poprzedniego protestu Wykonawcy wniesionego w dniu 18.01.2010 r. Z uwagi na fakt, że Zamawiający dokonał ponownie czynności wyznaczenia zakresu prezentacji systemu informatycznego, naruszając wymienione na wstępie przepisy Pzp, a nie rozstrzygając dotychczasowego protestu na czynność

wyznaczenia zakresu prezentacji, stąd wnosi protest na kolejną czynność Zamawiającego obejmującą wyznaczenie zakresu prezentacji systemu informatycznego. Pismo Zamawiającego z dnia 8.01.2010 r. nie odnosi się w żaden sposób do poprzedniego protestu, stąd nie zostało uznane, za rozstrzygnięcie uprzedniego protestu. Wskazał, że Zamawiający naruszył art. 38 ust. 4 i art. 29 Pzp w zw. z § 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zwanego dalej: „Rozporządzeniem”. Zażądał:

- a) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyznaczeniu zakresu prezentacji systemu informatycznego,
- b) powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na wyznaczeniu zakresu prezentacji systemu informatycznego, z zastrzeżeniem zachowania tych wymagań, które określone zostały w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” (co do zakresu funkcjonalności systemu wymaganej na prezentacji, określonego w załączniku nr 1 do SIWZ),

W załączniku nr 1 do SIWZ, w pkt 9, w cz. C został zamieszczony wykaz zakresów funkcjonalnych systemu. Zamawiający część wymagań określił jako wymagane na etapie prezentacji (poprzez zaznaczenie TAK w kolumnie „Wymagane w momencie prezentacji”), a część określił jako wymagane przed rozpoczęciem wdrożenia (poprzez pozostawienie pustego pola w kolumnie „Wymagane w momencie prezentacji”). Jednocześnie tabela zawierała także kolejną kolumnę oznaczoną zwrotem: „Odp. Wyk.” Powyższe rozróżnienie Zamawiający potwierdził poprzez zapis wstępu do cz. C pkt 9 Załącznika nr 1 do SIWZ. Nadto w odpowiedzi na pytanie 125 Zamawiający podtrzymał wymóg prezentacji tych modułów i funkcjonalności, które są wymagane na etapie prezentacji.

Zdaniem Protestującego Zamawiający może obecnie wymagać prezentacji wyłącznie tych funkcji, które określił jako wymagane w tabeli w cz. C pkt 9 załącznika nr 1 do SIWZ. Nie może wymagać pozostałych funkcjonalności, które opisał jako niewymagane na etapie prezentacji. Nie rozszerza uprawnienia Zamawiającego, wpisanie przez Protestującego w kolumnie „Odp. Wyk” słowa „TAK” przy tej funkcjonalności, która nie była wymagana przez Zamawiającego na etapie prezentacji, czyli w tej w której Zamawiający pozostawił puste pole w kolumnie: „Wymagane w momencie prezentacji”. Ponieważ wpisanie przez Protestującego w ofercie wstępnej w tabeli z funkcjonalnością oprogramowania, słowa „TAK” w kolumnie: „Odp. Wyk.” oznaczało jedynie tyle, że funkcjonalność ta jest w ogóle oferowana przez Wykonawcę. Tabela z wykazem funkcjonalności została sformułowana w ten sposób nieprecyzyjny - nie było jasne czy w kolumnie: „Odp. Wyk.” należy zaznaczyć fakt zaoferowania określonej funkcjonalności, czy też wyłącznie fakt dysponowania określoną funkcjonalnością na etapie prezentacji. Zamawiający nie doprecyzował treści załącznika nr 1

do SIWZ cz. C, tak aby oferent miał pewność co do tego, co oznacza zakreślenie odpowiedzi „TAK” w kolumnie: „Odp. Wyk”.

Ponadto wezwanie przez Zamawiającego do zaoferowania tych funkcjonalności, których nie wymagał w załączniku nr 1 do SIWZ, a co do których Protestujący w ofercie wstępnej zaznaczył słowo tak w pozycji: „Odp. Wyk.”, oznacza przyjęcie takiej interpretacji zapisów SIWZ, wg. której Protestujący miał za zadanie w ofercie wstępnej nie tyle określić się które funkcjonalności w ogóle oferuje, lecz jedynie wskazać, które funkcjonalności będą gotowe na etap prezentacji. Taka interpretacja oznaczałaby, że wykonawca nie miał w ogóle możliwości wypowiedzenia się w ofercie wstępnej co do tego, które z wymaganych funkcjonalności oferuje na etapie prezentacji a które na etapie wdrożenia. Zamawiający przyjął z góry, że wykonawca składający ofertę wstępną oferuje wszystkie opisane w niej funkcjonalności, bez konieczności zakreślania właściwych pól w tabeli, a wypełnienie tabeli miało na celu jedynie ustalenie, które z funkcjonalności są już gotowe do prezentacji. Taka interpretacja przeczyłaby celowi, dla którego do SIWZ wpisywany jest wykaz funkcjonalności, a którym to celem jest uzyskanie wiążącego oświadczenia wykonawcy co możliwości zaoferowania konkretnych funkcjonalności systemu. Gdyby natomiast protestujący wypełnił w kolumnie: „Odp. Wyk”. wyłącznie te pola co do których Zamawiający wymagał aby funkcjonalność gotowa była na etapie prezentacji, pozostawiając puste dalsze pola z funkcjami, które przez Zamawiającego nie zostały określone jako wymagane na etapie prezentacji, z pewnością Zamawiający podniósłby, zarzut, że Protestujący nie wypełniając pól w kolumnie: „Odp. Wyk”. w zasadzie nie zaoferował pozostałych funkcjonalności, a więc oferta wstępna nie spełniła wymagań SIWZ, wobec czego powstałaby przesłanka jej odrzucenia.

Protestujący w ofercie wstępnej zamieszczając tabelę z zakresem funkcjonalnym, zatytułował tę część oferty „Spełnianie wymagań dotyczących zakresów funkcjonalnych”, a więc wykaz ten został zamieszczony nie celem oświadczenia, które z funkcji dostępne będą podczas prezentacji ale celem oświadczenia, które funkcjonalności są przez wykonawcę oferowane. Oznacza to, że kolumna: „Odp. Wyk.” zawierała odpowiedź na ogólne wymagania Zamawiającego co do funkcji oferowanego systemu a nie odpowiedź na pytanie, które funkcje będą dostępne na etapie prezentacji. Tabelę należy czytać w ten sposób, że kolumna oznaczona „wymagane w momencie prezentacji” jest wyłącznie wtrąceniem, a kolumna: „Odp. Wyk.” nie odnosi się do treści tej kolumny lecz do treści tytułu i wstępu do cz. C. pkt 9 Załącznika nr 1 do SIWZ, z której wynikało, że Zamawiający zamieszcza tabelę celem zweryfikowania, czy oferent spełnia wymagania funkcjonalne.

Należy również podnieść, że Zamawiający nie może obarczać Protestującego negatywnymi konsekwencjami niejasności i nieścisłości specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niewątpliwie z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym

postępowaniu. Jak wynika z ugruntowanego stanowiska w orzecznictwie, wszelkie nieścisłości i niejasności SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców. Przywołał w tym zakresie wyrok KIO z dnia 29.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 844/08, jak i wyrok z 17.12.2007 r., sygn. akt: KIO/UZP 1404/07 oraz wyrok ZA z dnia 31.10.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1292/07.

Zamawiający poszerzając wymagania co do prezentacji w stosunku do tego co zostało określone w SIWZ wykracza poza upoważnienie przyznane mu w treści art. 29 Ustawy i § 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia, na mocy którego może żądać od wykonawców próbek lub opisów, w czym mieści się również wymaganie w zakresie prezentacji systemu. Wykroczenie przeciwko tym przepisom polega na tym, że Zamawiający rozszerza wymagania, które zawarł pierwotnie w SIWZ, a które to wymagania mogły być narzucone w oparciu o cytowane przepisy. Teza, że Zamawiający formułując zakres prezentacji w rzeczywistości rozszerza wymagania określone w SIWZ oparta jest na przedstawionej powyżej interpretacji SIWZ oraz oferty wstępnej Protestującego, zgodnie z którą Protestujący nie zaoferował do prezentacji tych funkcji systemu, które opisał słowem: „TAK” w pozycji: „Odp. Wyk.”, a jedynie oświadczył, że w ogóle oferuje określone funkcjonalności. Tym samym Zamawiający nie ma możliwości wymagania od Protestującego przeprowadzenia prezentacji tych modułów, ponieważ nie zawarł takiego wymagania w SIWZ. Brak jest możliwości zmiany warunków prowadzonego postępowania w czasie trwania postępowania, po udostępnieniu SIWZ i po złożeniu oferty wstępnej, skoro na podstawie pierwotnych warunków złożona została oferta wstępna. Zamawiający chcąc zmodyfikować warunki SIWZ i rozszerzyć zakres wymagań funkcjonalnych, co do których istniałby obowiązek prezentacji, winien to zrobić w trybie art. 38 ust. 4 Pzp. Obecne formułowanie wymagań z pominięciem tego trybu jest nieuprawnione. Natomiast zastosowanie trybu art. 38 ust. 4 Pzp jest z kolei nie możliwe, ponieważ upłynął już termin składania oferty wstępnej, a wymagania odnoszą się do treści oferty wstępnej.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 28.01.2010 r. w trybie art. 183 ust. 3 Pzp, poprzez jego oddalenie przez milczenie.

W dniu 8.02.2010 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty i wnioski wraz z argumentacją z protestu. Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (email). Żądał:

- a) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyznaczenia zakresu prezentacji poszczególnych modułów funkcjonalnych systemu informatycznego, którego dostawa stanowi przedmiot zamówienia,
- b) nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na wyznaczeniu zakresu prezentacji systemu informatycznego, z zastrzeżeniem zachowania wyłącznie tych

wymagań, które określone zostały w SIWZ w załączniku nr 1 w pkt 9, oznaczonych w tabeli słowem: „TAK” w kolumnie: „Wymagane w momencie prezentacji” przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu z dnia 8.01.2010 r. na czynność z dnia 31.12.2009 r., co miało miejsce 18.01.2010 r. ponownie stwierdził, także w kontekście czynności z dnia 8.01.2010 r., mimo „milczącego” rozstrzygnięcia protestu, że w zasadzie Zamawiający zgodził się z jego argumentacją z protestu uznając, że Odwołujący doszedł do prawidłowych wniosków po lekturze SIWZ i modyfikacji SIWZ dokonanych w pismach Zamawiającego. Zamawiający podkreślił jednak, że jego uprawnienie do żądania prezentacji również tych modułów systemu, które nie były przez Zamawiającego wymagane na etapie pierwotnej prezentacji, ma źródło w zapisach zaproszenia do składania ofert wstępnych. Zamawiający wskazał, na treść zaproszenia do złożenia ofert wstępnych z którego wynika, że Zamawiający wzywa do prezentacji wszystkich modułów i funkcji, dla których ten warunek został określony w załączniku nr 1 do SIWZ pkt 9, a nadto, że Zamawiający wymaga wskazania wszystkich modułów i funkcji, które oferowany system posiada na dzień złożenia oferty wstępnej, a nadto znalazło się tam sformułowanie, że funkcje nie wymagane a oferowane będą podlegały prezentacji oraz że wykonawca może przedstawić dodatkowe funkcje posiadane przez System.

Stwierdził, że zacytowana przez Zamawiającego treść zaproszenia jest wyrwana z kontekstu i interpretowana dowolnie przez Zamawiającego. Wskazał na cały zapis zaproszenia do składania ofert, na który powołuje się Zamawiający. W zaproszeniu do składania ofert określone zostały następujące wymagania dotyczące treści oferty wstępnej: „Zamawiający wymaga przedstawienia pisemnej oferty wstępnej na system spełniającej 100% wymagań określonych Załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 9. Zamawiający po złożeniu oferty wstępnej wezwie wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji wszystkich modułów i funkcji, dla których warunek ten został określony w załączniku nr 1 do SIWZ pkt 9”. Na tej tylko podstawie oferent został zobowiązany do złożenia oferty i zaznaczenia w kolumnie: „Odp. Wyk.” tych funkcji, które oferowany system będzie spełniał. Wykonawca musiał więc zaznaczyć wszystkie pola tej kolumny poprzez wpisanie słowa: „TAK”, ponieważ inaczej Zamawiający uznałby, że zaoferowano system nie spełniający 100% wymagań określonych w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 9. Czytając łącznie powyższe zapisy, należało uznać, że w tabeli trzeba było zaznaczyć wszystkie funkcje, które są przedmiotem oferty a zaprezentować tylko te funkcje, które Zamawiający wymaga.

W tym miejscu zaproszenia do składania ofert Zamawiający umieścił kolejne informacje: „Wymagamy wskazania wszystkich modułów i funkcji szczegółowych które oferowany system posiada na dzień złożenia oferty wstępnej. Funkcje nie wymagane a oferowane będą podlegały prezentacji. Wykonawca może przedstawić dodatkowe funkcje

i moduły systemu, które posiada zaoferowany system." Gdyby czytać te zapisy w ten sposób jak sugeruje Zamawiający to są one ewidentnie sprzeczne z zamieszczonym powyżej zdaniem o konieczności przedstawienia oferty na system spełniający 100% wymagań. Wykonawca nie mógł bowiem w tej samej kolumnie tabeli jednocześnie zaznaczyć, które funkcje w ogóle oferuje, a także które funkcje może przedstawić na prezentacji. Nadto Wykonawca miał powody do uznania, że prezentacji podlegać będą wyłącznie funkcje określone przez Zamawiającego w tabeli. Jedyna możliwa interpretacja cytowanych wyżej zapisów, z której nie wynika ich wewnętrzna sprzeczność, to interpretacja przyjmująca, że omawiane zapisy dają jedynie podstawę dla oferenta do zaoferowania szerszego zakresu funkcji systemu niż wymagane funkcje i jednocześnie jeśli oferent zaoferowałby funkcje dodatkowe przekraczające wymaganą funkcjonalność to po jego stronie powstałby obowiązek zaprezentowania dodatkowych funkcji systemu, ponad te zamieszczone w pkt 9 załącznika nr 1 do SIWZ przez Zamawiającego. Odwołujący nie wskazał jednak żadnych dodatkowych funkcjonalności, więc zapis o obowiązku prezentacji dodatkowych funkcjonalności go nie dotyczy.

Nawet gdyby przyjąć interpretację Zamawiającego, że zapis zaproszenia do składania ofert faktycznie oznacza, że Wykonawca miał obowiązek zaznaczyć w ofercie wstępnej nie funkcje, które oferuje ale funkcje, które spełniają wymóg prezentacji na etapie składania ofert, to treść zaproszenia odstaje w tym zakresie od SIWZ i późniejszych modyfikacji SIWZ. W późniejszych modyfikacjach SIWZ Zamawiający dał wyraz swoim intencjom, zgodnie z którymi w ofercie wstępnej nie należało wskazywać funkcji gotowych do prezentacji (bo zakres funkcji do prezentacji określił sam Zamawiający) lecz funkcje, które wykonawca w ogóle oferuje. Potwierdza to treść odpowiedzi na pytanie nr 125 w piśmie Zamawiającego z odpowiedziami na pytania do SIWZ z dnia 11.05.2009 r.

Dokonane przez Zamawiającego naruszenie Pzp oraz Rozporządzenia ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem zwiększenie wymagań wobec Odwołującego prowadzi w zasadzie do odrzucenia oferty Odwołującego, który nie może spełnić podwyższonych w toku postępowania wymagań.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z wezwaniem z dnia 08.01.2010 r., Zaproszeniem do składania ofert wstępnych skierowanym do Odwołującego, SIWZ wraz z załącznikami do niej, to jest: Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 1, Formularzem ofertowym - Załącznik nr 2, Istotnym postanowieniami umowy - Załącznik nr 3, Istotnym postanowieniami umowy o powierzeniu przetwarzania danych - Załącznik nr 4, ofertą wstępną Odwołującego, jak również po

zapoznaniu się z protestem, odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Jednocześnie mimo, iż postępowanie zostało wszczęte 15.09.2007 r. to zgodnie z przepisami przejściowymi ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz.1058), które weszły w życie w dniu 24.10.2008 r., tj. art. 4 ust. 2 tejże ustawy do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, tj. w brzmieniu sprzed wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Skład orzekający Izby ustalił także, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Zamawiający wyznaczając zakres prezentacji systemu objął tym zakresem również funkcje, które nie były wymagane w SIWZ na etapie prezentacji systemu, a których prezentacja wymagana była dopiero na etapie rozpoczynania wdrożenia.

W przypadku utrzymania czynności z dnia 08.01.2010 r., Zamawiający mógłby skutecznie żądać prezentacji funkcjonalności systemu, która nie musiała podlegać prezentacji na etapie składania oferty wstępnej (a więc nie musiała być już przygotowana), a jedynie prezentacji przy rozpoczynaniu wdrożenia. Zażądanie prezentacji funkcjonalności, która miała być przygotowana dopiero na etapie wdrożenia i nie była gotowa na etapie prezentacji przy składaniu oferty wstępnej prowadziłoby wprost do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 i art. 29 Pzp w zw. z § 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zwanego dalej: „Rozporządzeniem”, Izba uznała za zasadny.

Izba uwzględniła oświadczenia złożone na rozprawie przez Odwołującego, że wskazanie Rozporządzenia z 2009 r. miało charakter omyłki, gdyż *de facto* chodziło o Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605 z późn. zm.). W konsekwencji Izba odniosła wskazaną podstawę prawną § 5 ust. 1 pkt 1 stosownie do § 3 ust. 1 pkt 1. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

W załączniku nr 1 do SIWZ, w pkt 9, w cz. C: *„Opis szczegółowy zakresów funkcjonalnych systemu”* został zamieszczony tabelaryczny wykaz zakresów funkcjonalnych systemu. Zamawiający część wymagań określił jako wymagane na etapie prezentacji (poprzez zaznaczenie w ramach tabeli: „TAK” w kolumnie: *„Wymagane w momencie prezentacji”*), a część określił jako wymagane przed rozpoczęciem wdrożenia (poprzez pozostawienie pustego pola w kolumnie: *„Wymagane w momencie prezentacji”*). Tabela zawierała także kolejną kolumnę o nazwie: *„Odp. Wyk.”* w odniesieniu do każdej z funkcjonalności. Powyższe rozróżnienie Zamawiający potwierdził poprzez zapis wstępu do cz. C: *„Opis szczegółowy zakresów funkcjonalnych systemu”* pkt 9 Załącznika nr 1 do SIWZ, gdzie zawarł zapis: *„Funkcjonalności szczegółowe które w kolumnie „Wymagane w momencie prezentacji” oznaczone słowem „TAK” są bezwzględnie wymagane na dzień realizacji prezentacji systemu, pozostałe funkcjonalności szczegółowe muszą zostać zrealizowane przed rozpoczęciem wdrożenia poszczególnych modułów, zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem wdrożenia”*.

W ramach Zaproszenia do składania ofert wstępnych przekazanego Odwołującemu 14.01.2009 r., Zamawiający zawarł wymóg dotyczące oferty wstępnej w pkt 1 odnośnik pierwszy, zgodnie z którym: *„Treść oferty wstępnej ma zawierać rozwiązania oferowane przez Wykonawcę dotyczące Przedmiotu Zamówienia ze szczególnym uwzględnieniem: Spełnianie wymagań postawionych przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do siwz punkty 3, 4, 6, 8, 9, Zamawiający wymaga spełniania przedstawienia pisemnej oferty wstępnej na system spełniający 100% wymagań określonych w punkcie 9. Zamawiający po złożeniu oferty wstępnej wezwie Wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji wszystkich modułów i funkcji, dla których ten warunek został określony w załączniku nr 1 do siwz punkt 9. Wymagamy wskazania wszystkich modułów i funkcji szczegółowych które oferowany system posiada na dzień złożenia oferty wstępnej. Funkcje nie wymagane a oferowane będą podlegały prezentacji. Wykonawca może przedstawić dodatkowe funkcje i moduły systemu, które posiada zaoferowany system”*.

W dniu 11.05.2009 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania Wykonawców. Pytanie 125 odnosiło się do wymagania dotyczącego oferty wstępnej w pkt 1 odnośnik pierwszy Zaproszenia do składania ofert wstępnych, zgodnie z którym: „Zamawiający po złożeniu oferty wstępnej wezwie Wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji wszystkich modułów i funkcji (...) Wymagamy wskazania wszystkich modułów i funkcji szczegółowych, które oferowany system posiada na dzień złożenia oferty wstępnej”. W jego ramach wskazywał, że: „przeprowadzenie prezentacji wszystkich modułów i wszystkich funkcjonalności wymagałoby od wykonawcy znacznego zagazowania finansowego”, zwracał uwagę na „niezasadność” takiego żądania. Nadmieniał także, że: „przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi w postaci wdrożenia systemu, a nie dostarczenia gotowego systemu, który spełniał będzie szczegółowe wymagania”. Zaś: „Zamawiający oczekując prezentacji wszystkich funkcjonalności niejako na wstępie poddaje w wątpliwość czy zobowiązanie do wykonania umowy w określonym terminie ma szansę być wykonane”. W konsekwencji zadano pytanie: „(...) czy zamawiający przewiduje możliwość odstąpienia od wymogu prezentacji wszystkich modułów i wszystkich funkcjonalności, ewentualnie poprzez wprowadzenie wymogu prezentacji systemu w określonej jego części, tak aby zminimalizować koszty związane z prezentacją?”, „Czy zamawiający przewiduje odstąpienie od wymogu zadeklarowania przez wykonawców, że system już na etapie składania ofert wstępnych (kiedy w zasadzie przedmiot zamówienia dopiero nabiera kształtów) spełnia każdą wymaganą przez zamawiającego funkcjonalność, poprzez umożliwienie wykonawcom dostosowanie systemu do wszystkich wymogów na etapie realizacji zamówienia, ewentualnie ze wskazaniem, że wymagane jest spełnienie 80 % funkcjonalności (zwłaszcza, że funkcjonalność została opisana bardzo precyzyjnie) ?”

Zamawiający odpowiedział, że: „(...) podtrzymuje obowiązek prezentacji wszystkich modułów i funkcji, które przez siwz są wymagane na etapie prezentacji. Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że zaproszenie do składania ofert zawierało jedynie podstawowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. Przeprowadzenie prezentacji i negocjacji z wykonawcami mają na celu sformułowanie: „ścisłych i precyzyjnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia”, co uzasadnia wybór zastosowanej procedury zamówień publicznych”.

Dopisał także w ramach tej czynności na końcu wstępu do cz. C pkt 9 Załącznika nr 1 do SIWZ zdania: „Przed rozpoczęciem wdrożenia Wykonawca zobowiązany jest do prezentacji funkcji szczegółowych, które nie są określone jako wymagane w pkt. 9 załącznika nr 1 do SIWZ i które nie zostały zweryfikowane podczas prezentacji.”.

W ramach złożonej przez Odwołującego oferty wstępnej z dnia 23.06.2009 r. od str. 79 do 147 przedłożył wypełniony Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 1 zatytułowany: „Spełnianie wymagań dotyczących zakresów funkcjonalnych”. Odwołujący

wpisał słowo: „TAK” w kolumnę o nazwie: „Odp. Wyk.” w odniesieniu do każdej z funkcjonalności, także tam gdzie Zamawiający pozostawił puste pola w kolumnie: „Wymagane w momencie prezentacji”. Jednocześnie, Odwołujący we wstępie tej części swojej oferty wstępnej zawarł zapis: „Zgodnie z państwa odpowiedziami na pytania stawiane przez oferentów w trakcie postępowania, część zakresów funkcjonalnych zostanie zaprezentowane przed terminem wdrożenia aplikacji”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, z uwagi na *de facto* przyznanie przez Zamawiającego na rozprawie, że interpretacja przez Odwołującego zapisów „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” w pkt 9 cz. C załącznika nr 1 do SIWZ jest zgodne ze stanowiskiem Zamawiającego, Izba uznała charakter i cel kolumny „Wymagane w momencie prezentacji” oraz kolumny o nazwie: „Odp. Wyk.” za bezsporny. Powyższe potwierdza także zapis wstępu do cz. C pkt 9 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz odp. na pytanie 125 z dnia 11.05.2009 r., czemu także nie zaprzeczył Zamawiający. Przedmiotem sporu między stronami jest wymóg dotyczący oferty wstępnej w pkt 1 odnośnik pierwszy Zaprośzenia do składania ofert wstępnych przekazanego Odwołującemu 14.01.2009 r. oraz w konsekwencji interpretacja treści oferty wstępnej z dnia 23.06.2009 r. od str. 80 do 148. Z tym, że w odniesieniu do odp. na pytanie 125 z dnia 11.05.2009 r. Izba wskazuje że zapisy zawarte w pytaniu oraz odpowiedzi mają wpływ na ocenę zaistniałego stanu faktycznego.

Po drugie, Izba analizując SIWZ wraz z załącznikami do niej, tj.: Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 1, Formularzem ofertowym - Załącznik nr 2, Istotnymi postanowieniami umowy - Załącznik nr 3, Istotnymi postanowieniami umowy o powierzeniu przetwarzania danych - Załącznik nr 4 łącznie z Zaprośzeniem do składania ofert wstępnych, w tym z zapisem zawartym w pkt 1 odnośnik pierwszy: „Funkcje nie wymagane a oferowane będą podlegały prezentacji” (zdanie 4), uznała zasadność argumentacji Odwołującego.

Po trzecie, sporny zapis zasadnie pozwalał na zaoferowanie funkcjonalności, którymi dysponuje wykonawca na etapie składania oferty wstępnej i będzie w stanie je zaprezentować na wezwanie Zamawiającego. Jednakże kwestia braku konieczności zadeklarowania w złożonej ofercie wstępnej dysponowania wszystkimi bezwzględnie obowiązującymi funkcjonalnościami i obawa Odwołującego, że gdyby tych bezwzględnie wymaganych funkcjonalności nie zaoferował, groziłoby mu odrzucenie, Izba ocenia odmiennie niż Zamawiający. W pierwszej kolejności Izba zauważa, że wbrew stanowisku Zamawiającego na rozprawie o braku pytań Odwołującego, co do Zaprośzenia do składania ofert, czyli uznania faktycznie, że pytań w tym zakresie nie było, a więc o jednoznaczności treści Zaprośzenia w kontekście SIWZ, pytanie 125 zostało zadane przez Odwołującego 30.04.2009 r., właśnie na kanwie wymogu dotyczącego oferty wstępnej w pkt 1 odnośnik

pierwszy Zaprośzenia do składania ofert wstępnych przekazanego Odwołującemu 14.01.2009 r. Nadto pytanie w swej istocie składało się z dwóch pytań. Drugie z nich odnosiło się *de facto* do „(..) wymogu zadeklarowania przez wykonawców, że system już na etapie składania ofert wstępnych (kiedy w zasadzie przedmiot zamówienia dopiero nabiera kształtów) spełnia każdą wymaganą przez zamawiającego funkcjonalność, poprzez umożliwienie wykonawcom dostosowanie systemu do wszystkich wymogów na etapie realizacji zamówienia (..)”. Jednakże udzielona odpowiedź: „Zamawiający podtrzymuje obowiązek prezentacji wszystkich modułów i funkcji, które przez siwz są wymagane na etapie prezentacji. Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że zaproszenie do składania ofert zawierało jedynie podstawowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia” w swej istocie odnosiła się tylko do kwestii prezentacji zachowując zapis z Zaprośzenia do składania ofert wstępnych w pkt 1 odnośnik pierwszy, iż: „(..) Zamawiający wymaga spełniania przedstawienia pisemnej oferty wstępnej na system spełniającej 100% wymagań określonych w punkcie 9” (zdanie 1). W konsekwencji Wykonawcy zostali zmuszeni do zadeklarowania w ramach złożonej oferty wstępnej całości przedmiotu zamówienia z jednoczesnym samookreśleniem funkcji podlegających prezentacji.

Po czwarte, w ramach Zaprośzenia do składania ofert wstępnych Zamawiający wskazał, że: *(..) po złożeniu oferty wstępnej wezwie Wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji wszystkich modułów i funkcji, dla których ten warunek został określony w załączniku nr 1 do siwz punkt 9” (zdanie 2). „Wymagamy wskazania wszystkich modułów i funkcji szczegółowych które oferowany system posiada na dzień złożenia oferty wstępnej”.* (zdanie 3). *„Funkcje nie wymagane a oferowane będą podlegały prezentacji”* (zdanie 4). Wynika z tego biorąc pod uwagę także przywoływaną powyżej odp. na pytanie 125, że prezentacja funkcjonalności zaznaczonych w tabeli: „TAK” w kolumnie: *„Wymagane w momencie prezentacji”* będzie obowiązkowa, zaś w pozostałym zakresie, jeżeli wykonawca wskaże funkcje - będzie to podlegało również prezentacji (wymaganie warunkowe). Jednakże nie oznacza to, w ocenie Izby w odróżnieniu od Zamawiającego, że z uwagi na treść oferty wstępnej Odwołującego zasadne było wezwanie z dnia 8.01.2010 r.

Izba wskazuje, że zapisy Zaprośzenia do składania ofert wstępnych oraz odp. na pytanie 125 wymagały pogodzenia w swej istocie dwóch sprzecznych nakazów przy użyciu tabelarycznego opisu przedmiotu zamówienia przekazanego przez Zamawiającego. W ocenie Izby Odwołujący pogodził powyższe, z tym że brak jest podstaw do żądania prezentacji funkcjonalności nie zaznaczonych w kolumnie: *„Wymagane w momencie prezentacji”*, mimo zaznaczenia ich w ofercie wstępnej w kolumnę o nazwie: *„Odp. Wyk.”*. Należy wskazać w tym wypadku, na zapis we wstępie części oferty wstępnej Odwołującego: *„Zgodnie z państwa odpowiedziami na pytania stawiane przez oferentów w trakcie postępowania, część zakresów funkcjonalnych zostanie zaprezentowane przed terminem*

wdrożenia aplikacji". Z niniejszego fragmentu poprzedzającego tabelaryczny opis przedmiotu zamówienia wynika, w ocenie Izby, że celem zaznaczenia każdej funkcjonalności w ofercie wstępnej w kolumnę o nazwie: „*Odp. Wyk.*” nie była deklaracja ich prezentacji na wezwanie po złożeniu oferty wstępnej, ale zadeklarowanie zaoferowania systemu spełniającego 100% wymagań określonych w pkt 9 cz. C załącznika nr 1 do SIWZ, czyli zgodnie ze stanowiskiem wynikającym ze złożonych przez Odwołującego środków ochrony prawnej. W przeciwnym wypadku przywołany powyżej fragment byłby zbędny w ofercie wstępnej Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie. Jednocześnie uwzględniając odwołanie i nakazując unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 8.01.2010 r. oraz nakazując powtórzenie czynności Zamawiającego polegającej na wyznaczeniu zakresu prezentacji systemu informatycznego, z zastrzeżeniem zachowania wyłącznie tych wymagań, które określone zostały w SIWZ w załączniku nr 1 w pkt 9, oznaczonych w tabeli słowem: „*TAK*” w kolumnie: „*Wymagane w momencie prezentacji*”. Izba wskazuje na konieczność uwzględnienia przez Zamawiającego jego stanowiska wyrażonego w wezwaniu z dnia 22.01.2010 r., gdzie zastrzegł, że do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, co niniejszym nastąpiło, nie będzie wymagał prezentacji kwestionowanych modułów, których cała funkcjonalność nie była zdaniem Odwołującego wymagana do prezentacji na etapie składania oferty wstępnej.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz § 17 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.), biorąc pod uwagę całość kosztów poniesionych w danym postępowaniu odwoławczym, proporcjonalnie do obu wniesionych odwołań o sygn. akt: KIO/UZP 162/10 oraz o sygn. akt: KIO/UZP 240/10, rozpatrywanych łącznie na mocy zarządzenia Prezesa KIO z dnia 01.03.2010 r., uwzględniając przy tym, że odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 162/10 zostało odrzucone na posiedzeniu. Odnośnie wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych, Izba stwierdza, iż z uwagi na nie przedłożenie faktury, nie został on uwzględniony. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), Izba może przyznać koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....