

Sygn. akt: KIO 2236/13

**WYROK**  
**z dnia 1 października 2013 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2013 r. przez **Odwołującego – ZETO-RZESZÓW Sp. Z o.o., ul. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Dąbrowskiego 10, 38-100 Strzyżów**, przy udziale **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum Comarch Polska S.A, ESA Projekt Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 41 G, 31-864 Kraków**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddała odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża ZETO-RZESZÓW Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ZETO-RZESZÓW Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zespół Opieki Zdrowotnej w Strzyżowie zwany dalej Zamawiającym prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn: „Oprogramowanie specjalistyczne i wdrożenie, zakup sprzętu i integracja z PSIM na potrzeby projektu Kompleksowa informatyzacja Zespołu Opieki Zdrowotnej w Strzyżowie jako element Podkarpackiego Systemu Informacji Medycznej (PSIM) ”

ZETO-Rzeszów Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym złożył odwołanie w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty Comarch S.A.

Odwołujący zarzuca niniejszym naruszenie przez Zamawiającego

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Comarch S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ,

- art. 9 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez nie dołożenie należytej staranności w sporządzeniu protokołu prezentacji systemu dokonanej przez wykonawcę Comarch,

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie do przeprowadzenia ponownej prezentacji systemu przez wykonawcę Comarch pomimo, że prezentacja wykonana pierwotnie jednoznacznie wykazała, że oferowany system nie spełniania określonych parametrów technicznych wymaganych w SIWZ, poprzez ponowne wezwanie do prezentacji systemu zamawiający naruszył w związku z powyższym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania dając wykonawcy Comarch ok. 7-dni dłuższy termin niż Odwołującemu,

- art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do sytuacji, w której zamawiający dopuścił do zmiany treści oferty wykonawcy Comarch w toku ponownej prezentacji.

Odwołujący żąda ponownego dokonania oceny ofert, odrzucenia oferty Comarch S.A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia jak również może ponieść szkodę na skutek powyższych naruszeń, polegającą na pozbawieniu go możliwości udzielenia mu przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający w pkt VII. SIWZ pn. Wykaz wymaganych oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy, ust. 4 pn. Dokumenty potwierdzające spełnianie przez przedmiot zamówienia wymagań stawianych przez Zamawiającego wskazał, że: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do zaproszenia Wykonawców, którzy złożyli oferty na prezentację oferowanego oprogramowania. Podczas prezentacji oferowanego rozwiązania Zamawiający dokona weryfikacji wybranych przez siebie funkcjonalności wskazanych w załącznikach opisujących przedmiot zamówienia.

W trakcie prezentacji Komisja Przetargowa oceni zgodność z prawdą zamieszczonych w ofercie informacji w tym zakresie. W każdej ofercie zostaną sprawdzone te same elementy. Stwierdzenie jakiegokolwiek niezgodności z deklarowaną przez Wykonawców w ofercie w zakresie wymagań i parametrów skutkować będzie odrzuceniem oferty. Dla przejrzystości postępowania Załącznik nr Zamawiający przeprowadzi prezentacje dla wszystkich Wykonawców w tym samym terminie” Ponadto, w udzielonej dnia 21.06.2013 r. odpowiedzi do SIWZ na pytanie nr 48 Treść pytania 48: Dotyczy prezentacji - prosimy o wykreślenie zdania - „Stwierdzenie jakiegokolwiek niezgodności z deklarowaną przez Wykonawców w ofercie w zakresie wymagań i parametrów skutkować będzie odrzuceniem oferty” - wskazujemy, że prezentacja jest formą próbki i jako taka traktowana jest jako dokument Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Jako taki dokument podlega najpierw uzupełnieniu w trybie art. 25 ust. 2. Wadliwość dokumentu bez uzupełnienia nie może być podstawą do odrzucenia oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że:

Odpowiedź 48: Zamawiający wyjaśnia, iż w odniesieniu do załącznika nr 22 - tak jak do pozostałych dokumentów, ma zastosowanie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, czego nie wykluczają cytowane zapisy specyfikacji.

Prezentacja ta, zgodnie z ww. zapisami SIWZ jednoznacznie miała więc charakter merytorycznego badania treści oferty. Na powyższe wskazują następujące fakty:

1. W ww. zapisie mowa jest o prezentacji oferowanego rozwiązania, a więc de facto prezentacji przedmiotu oferty, w celu weryfikacji wybranych funkcjonalności. W sposób oczywisty więc funkcjonalności oferowanego rozwiązania należy traktować jak treść oferty.

2. Ponadto, Zamawiający miał badać w toku prezentacji zgodność z prawdą zamieszczonych w ofercie informacji w tym zakresie.

3. Dodatkowo, Zamawiający określił konsekwencje przeprowadzenia prezentacji, wskazując, że: „stwierdzenie jakiegokolwiek niezgodności z deklarowaną przez Wykonawców w ofercie w zakresie wymagań i parametrów skutkować będzie odrzuceniem oferty”.

Wobec powyższego, że prezentacja oferowanego rozwiązania stanowiła w świetle SIWZ zasadniczy element treści oferty, gdyż miała na celu udowodnienie, że oświadczenia złożone w zakresie oferowanych parametrów w ofercie są zgodne z rzeczywistymi funkcjonalnościami danego systemu.

Jednocześnie nadanie załącznikowi nr 22 charakteru dokumentu możliwego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie stoi w sprzeczności z powyższymi ustaleniami, co podkreślił sam Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 48 z dnia 21.06.2013 r.

Zamawiający nie opublikował na swojej stronie internetowej wraz z SIWZ treści załącznika nr 22, a co za tym idzie nie było możliwe złożenie tego dokumentu i skuteczne jego uzupełnienie. Należy odpowiedź Zamawiającego traktować w kategoriach omyłki, gdyż wykonawcy nie złożyli w toku tego postępowania dokumentu pod nazwą załącznik nr 22. Załącznik ten stanowił jedynie zestawienie tabelaryczne parametrów stanowiących przedmiot prezentacji, na którym to załączniku Zamawiający dokonał jednostronnie adnotacji w zakresie tych prezentacji opatrując je datą i podpisami komisji przetargowej. Nie był to, dokument wymagany do złożenia wraz z ofertą, gdyż jego treść na etapie składania ofert nie była w ogóle znana, a co za tym idzie Zamawiający nie mógł skutecznie domagać się uzupełnienia ww. dokumentu.

Innych zapisów dotyczących możliwości powtórnego dokonania prezentacji nie było w żadnym dokumencie składającym się na SIWZ, a więc możliwość taka w opinii Odwołującego nie istniała. Zapisem wynikającym wprost z SIWZ jest, że „Zamawiający przeprowadzi prezentację dla wszystkich Wykonawców w tym samym terminie”.

Wobec faktu prowadzenia prezentacji w czasie rzeczywistym automatycznie wezwanie do ponownego dokonania prezentowanych już funkcjonalności przez jednego tylko z wykonawców było w opinii Odwołującego wobec ww. zapisu wykluczone z uwagi na dopuszczenie do ich nierównego traktowania.

Analiza dotycząca kwalifikacji przez Zamawiającego prezentacji stanowi podstawę do omówienia zarzutów wskazanych na wstępie wobec wyboru oferty Comarch S.A.

1. Zarzuty związane z wadliwością wezwań w stosunku do wykonawcy Comarch tj. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

W celu wykazania nieprawidłowości w tym zakresie Odwołujący wskazał na chronologię zdarzeń w toku badania i oceny oferty Comarch zobrazowaną w tabeli w odwołaniu.

Mając na uwadze wskazane czynności o odwołujący podkreśla, że nastąpiło naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuścił możliwość uzgadniania treści oferty w zakresie systemu PACS i Radiologicznego Systemu Informatycznego oraz w zakresie wydruku karty pacjenta, tj. w zakresie, którego nie wykazano w toku pierwszej prezentacji, a co wprost wynika z dokumentu zwanego protokół z prezentacji Comarch z dnia 30.08.2013 r.

Zamawiający, jak wynika z ww. protokołu w zakresie części dotyczącej systemu PACS oraz RIS zaznaczył w kolorze żółtym w pozycji nr 58 dla tabeli opisującej system PACS format QUICKTIME oraz w pozycji nr 6 tabeli Radiologicznego Systemu Informatycznego: „program działa w przeglądarce www przy wykorzystaniu szyfrowania SSL, TLS (program nie wymaga instalacji...)”.

Zamawiający w oznaczeniu dla koloru żółtego wskazał, że: „stwierdzono brak tych funkcjonalności”. W odróżnieniu od niektórych pozycji zaznaczonych na pomarańczowo, dla których Zamawiający wyjaśnił, że „nie zweryfikowano ze względu na brak czasu - ponowna prezentacja”. Większość pozycji została zaznaczona sformułowaniem „tak” i nie została opatrzona komentarzem, wobec czego można uznać, że zostały one jednoznacznie wykazane w toku prezentacji. Ponadto z przekazanych w toku postępowania tabeli zwanych przez Zamawiającego protokołem prezentacji z dnia 30.08.2013 r. widnieje adnotacja Zamawiającego, zgodnie, z którą stwierdzono po dokonaniu czynności sprawdzających w tym zakresie, że:

„Medyczna Karta Pacjenta nie została wygenerowana w części medycznej. Został przekazany gotowy plik w formacie PDF”.

Ponadto, w zastrzeżeniach dotyczących zapisu na temat Medycznej Karty Pacjenta Zamawiający odnotował: „prośba o ponowną prezentację”.

Wykonawca Comarch nie opatrzył tego dokumentu stosownym komentarzem, a co za tym idzie można przyjąć domniemanie, że przyznał de facto stan ustalony przez Zamawiającego, tj. zarówno w kwestii nie dokonanych elementów prezentacji, jak i elementów prezentacji, które zostały przeprowadzone, lecz nie potwierdziły spełniania wymagań Zamawiającego.

De facto wykonawca Comarch niezgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców otrzymał kolejną, dodatkową szansę na „dopasowanie” swojej oferty do potrzeb wymagań Zamawiającego. W zakresie, w którym Zamawiający faktycznie nie zdażył zweryfikować funkcjonalności z uwagi na brak czasu, powinien wyznaczyć dodatkowy termin, jednak nie w sytuacji, w której wykonawca nie wykazał danej funkcjonalności pomimo, że weryfikacja w tym zakresie przebiegała, lecz nie zakończyła się sukcesem.

Naruszenie art. 26. ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ma samo w sobie zasadniczy wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, z uwagi na to, że po pierwszej prezentacji Comarch nie wykazał faktycznie 3 funkcjonalności bezwzględnie wymaganych w SIWZ, a co za tym idzie jego oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

Odwołujący podnosząc ponadto zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp pragnie wskazać na poniższe uzasadnienie.

Zamawiający, jak wynika z nieprecyzyjnej dokumentacji postępowania, wyszedł z założenia po przeprowadzeniu ponownej prezentacji, że wykonawca Comarch wykazał spełnianie wszystkich funkcjonalności, na co wskazuje właściwie jedynie dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Wobec tego, że po pierwszej prezentacji wnioski Zamawiającego były jednoznaczne, tj. uznał on, że wskazane 3 funkcjonalności nie zostały wykazane oraz z uwagi na fakt, że po dokonaniu ponownej prezentacji Zamawiający wysnuł wprost przeciwne wnioski należy uznać, że de facto oferta wykonawcy uległa zmianie, co narusza z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

Nawet jeśli przyjąć błędne w opinii Odwołującego założenie, że Zamawiający miał prawo wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jej uzupełnienia, należy uznać wynikający z ww. przepisu prymat zasady niezmienności oferty.

Prezentacja jest treścią oferty, co do której obowiązuje zakaz negocjowania i zmian po upływie terminu składania ofert. Wykazanie w trakcie prezentacji oprogramowania, że system nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego

potwierdza już wykazanie stanu sprzecznego z oczekiwanym przez zamawiającego. Przyjęcie dopuszczalności wezwania do uzupełnienia prezentacji oznaczałoby dopuszczenie możliwości dokonywania poprawek w oferowanym oprogramowaniu po terminie składania ofert, co pozostawałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.

Wobec braku precyzyjnego protokołu z wykonanych prezentacji, w szczególności ponownej prezentacji z dnia 06.09.2013 r. nie sposób stwierdzić na jakiej podstawie Zamawiający zmienił zdanie w sprawie wykazania funkcjonalności, które pierwotnie uznał, za nie spełnione. Fakt ten stanowi w opinii Odwołującego dodatkowe potwierdzenie naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi więc o uznanie, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było niedopuszczalne z uwagi na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz z uwagi na naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do zmiany treści oferty.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

2a) w zakresie systemu archiwizacji i dystrybucji PACS 2b) w zakresie Radiologicznego Systemu Informatycznego RIS 2c) w zakresie wydruku Medycznej Karty Pacjenta

W przekazanych wstępnych scenariuszach prezentacji Zamawiający zamieścił funkcjonalności opisane poniżej w zakresie ww. zarzutów, co oznaczało konieczność ich wykazania w toku prezentacji.

Ad. zarzut 2a)

Wymaganiem Zamawiającego w SIWZ w części system archiwizacji i dystrybucji PACS w poz. 58 było:

„Oprogramowanie klienta Dystrybucji Obrazów musi umożliwiać eksport plików DICOM do formatów: BMP, TIFF, JPEG, QUICKTIME, RAW na dowolny nośnik i do serwera PACS”

W toku prezentacji w dniu 30.08.2013 r., jak wskazano powyżej Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wykonawca Comarch nie wykazał tej funkcjonalności.

Pismem z dnia 04.09.2013 r. wykonawca Comarch wyjaśnił, że:

„podczas prezentacji (...) dokonał prezentacji tej funkcjonalności poprzez dokonanie eksportu pliku DICOM do formatu QUICKTIME (.mov) na nośnik (dysk twardy) i do serwera PACS. Powyższe zostało wykonane na przykładzie badania wieloklatkowego. (...) Kwestionowanie tej powyższej prezentacji z uwagi na to, iż



Zamawiający chciałby zaprezentowania powyższej funkcjonalności na przykładzie badania jednoklatkowego - nie ma podstaw w SIWZ”.

Pismem z dnia 05.09.2013 r. Zamawiający podtrzymując wykonanie zakresu ponownej prezentacji wskazał, że „wbrew Państwa stwierdzeniom wymagane obecnie elementy prezentacji nie zostały zaprezentowane w dniu 30.08.2013 r.”

Protokół prezentacji oraz ww. oświadczenie Zamawiającego stoi więc w sprzeczności z oświadczeniem Comarch z dnia 04.09.2013 r.

Zamawiający we wskazanych wyżej dokumentach nie wspomniał o tym, że wykonawca wykonał prezentacji tej funkcjonalności na przykładzie badania wieloklatkowego, lecz wskazał w protokole, że „stwierdzono brak tych funkcjonalności”.

Nie jest więc zrozumiałe rozważanie wykonawcy Comarch dotyczące rzekomego niezasadnego żądania Zamawiającego w tym zakresie.

Sam wykonawca Comarch nie odnotował na protokole prezentacji z dnia 30.08.2013 r. swoich uwag w stosunku do zastrzeżeń Zamawiającego, a co za tym idzie należy traktować ten protokół jako wartość dowodową z faktycznego przebiegu prezentacji.

Oferta w tym zakresie jest więc niezgodna z treścią SIWZ.

Ad. zarzut 2b)

Wymaganiem Zamawiającego w SIWZ w zakresie Radiologicznego Systemu Informatycznego RIS w pkt 6 tabeli było:

„Program RIS nie wymaga instalacji na systemie operacyjnym. Program działa w przeglądarce WWW przy wykorzystaniu szyfrowania SSL, TLS (program nie wymaga instalacji na komputerze, szyfrowanie zapewnia bezpieczeństwo przesyłanych danych)”.

W toku prezentacji Zamawiający w protokole z dnia 30.08.2013 r. również w tym zakresie stwierdził brak ww. funkcjonalności.

Należy zauważyć, że zgodnie z ww. wymaganiem program miał działać w przeglądarce WWW przy wykorzystaniu szyfrowania SSL, TLS i miał nie wymagać instalacji na komputerze.

Wykonawca Comarch w piśmie z dnia 04.09.2013 r. stwierdza zaś, że „wykonawca podczas prezentacji miał zainstalowany system lokalnie w związku z tym prezentacja szyfrowanego połączenia z serwerem zewnętrznym była z przyczyn technicznych (nie związanych z oprogramowaniem) niemożliwa do przeprowadzenia”.

Wobec tego, że Zamawiający oczekiwał jak wynika z powyższego, aby prezentacja była dokonana w przeglądarce WWW bez instalacji na komputerze, zaś wykonawca Comarch sam przyznał w ww. piśmie, że miał zainstalowany system lokalnie oraz, że prezentacja szyfrowanego połączenia z serwerem zewnętrznym była niemożliwa należy uznać, że wykonawca ten przyznał fakt nie wykazania tej funkcjonalności w toku prezentacji.

Nawiązując więc, do zarzutu nr 1 związanego z niezasadnym wezwaniem tego wykonawcy do ponownej prezentacji należy podkreślić, że cytowane wyżej twierdzenie wykonawcy Comarch potwierdza, że w przeciwieństwie do Odwołującego nie był on przygotowany w dniu 30.08.2013 r. do przeprowadzenia prezentacji w sposób jednoznacznie potwierdzający wymagane funkcjonalności. Potwierdza się więc zarzut niezasadnego wezwania do ponownej prezentacji, tj. naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę, że wykonawca Comarch przyznał w ww. piśmie, że nie było możliwe wykazanie wykorzystania szyfrowania SSL podczas działania w przeglądarce WWW w toku prezentacji w dniu 30.08.2013 r. należy uznać, że bezspornie jego oferta podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad. zarzut 2c)

W załączniku nr 17 do SIWZ, oraz w zmodyfikowanym dokumencie opublikowanym na stronie internetowej w dniu 26.06.2013 r. pn: 19c. Modyfikacja 26.06.2013-Zal nr 17- Wymagania dla oprogramowania zamawiający na stronie 12 tabeli Moduł Wycena kosztów leczenia - Wymagania minimalne pkt 7 zamawiający wymagał:

„możliwość wydruku kosztowej karty pacjenta dającej możliwość wyceny pobytu pacjenta (wydruk jako załącznik może być podstawą wystawienia faktury za pobyt pacjenta nieubezpieczonego) z wyszczególnieniem kosztów świadczeń i leków istotnych kosztowo oraz włączeniem kosztów pozostałych świadczeń do kosztów ogólnych pobytu”.

Załącznik ten został wskazany jako dokument potwierdzający spełnianie przez przedmiot zamówienia wymagań stawianych przez zamawiającego (pkt VII ust. 4 SIWZ) i powinien być załączony do oferty przez wykonawcę.

Ponadto, wymóg ten został wskazany w dokumencie stanowiącym scenariusz prezentacji, przekazany przez Zamawiającego faksem przed przeprowadzeniem prezentacji, w części Prezentacja Administracja. Jednocześnie więc Zamawiający miał prawo do przeprowadzenia w toku prezentacji czynności sprawdzających czy

faktycznie możliwe jest za pomocą oferowanego systemu dokonanie wydruku kosztowej karty pacjenta dającej możliwość wyceny pobytu pacjenta z wyszczególnieniem kosztów świadczeń i leków istotnych kosztowo oraz włączeniem kosztów pozostałych świadczeń do kosztów ogólnych pobytu.

Odwołujący składając załącznik nr 17 potwierdził ww. wymóg, a co za tym idzie nie jest zrozumiałe jego tłumaczenie prezentowane w piśmie z dnia 04.09.2013 r., zgodnie z którym twierdził on, że Zamawiający w SIWZ w ogóle nie postawił takiego wymogu więc jego spełnianie nie powinno być badane w toku prezentacji.

Ponadto z przekazanych w toku postępowania tabeli zwanych przez Zamawiającego protokołem prezentacji z dnia 30.08.2013 r. widnieje jednoznaczna adnotacja Zamawiającego, zgodnie, z którą stwierdzono po dokonaniu czynności sprawdzających w tym zakresie, że: „Medyczna Karta Pacjenta nie została wygenerowana w części medycznej. Został przekazany gotowy plik w formacie PDF”. Ponadto, w zastrzeżeniach dotyczących zapisu na temat Medycznej Karty Pacjenta Zamawiający odnotował: „prośba o ponowną prezentację”.

Skoro wymogiem Zamawiającego w SIWZ było, aby system miał „możliwość wydruku kosztowej karty pacjenta dającej możliwość wyceny pobytu pacjenta (wydruk jako załącznik może być podstawą wystawienia faktury za pobyt pacjenta nieubezpieczonego) z wyszczególnieniem kosztów świadczeń i leków istotnych kosztowo oraz włączeniem kosztów pozostałych świadczeń do kosztów ogólnych pobytu” zaś Zamawiający przy tej pozycji scenariusza prezentacji wskazał, że „Medyczna Karta Pacjenta nie została wygenerowana w części medycznej. Został przekazany gotowy plik w formacie PDF” oznacza to, że faktycznie w toku prezentacji nie doszło do wygenerowania tego dokumentu. Przedłożenie gotowego, przygotowanego zapewne uprzednio pliku PDF nie wyczerpuje wymagania postawionego przez Zamawiającego.

Oferta więc w tym zakresie podlega odrzuceniu.

3. Zarzut naruszenia zasady pisemności postępowania wyrażonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie wypełnił w dokumentacji nazw producentów dla elementów oferowanego systemu pomimo, że przewidział taką pozycję w scenariuszu prezentacji. Zamawiający w zakresie scenariusza ponownej prezentacji zakresu z pkt III wezwania z dnia 02.09.2013 r. nie wskazał daty wykonania tego dokumentu. Jedynie w zakresie części, która wynikała z pkt II wezwania z dnia 02.09.2013 r. Zamawiający wskazał datę 06.09.2013 r.

Zamawiający nie wyjaśnił w dokumencie rzekomo potwierdzającym odbycie ponownej prezentacji jakich czynności dokonał wykonawca Comarch w zakresie 3 nie wykazanych pierwotnie funkcjonalności. W tabeli stanowiącej scenariusz w zakresie pkt III ww. wezwania Zamawiający wpisał jedynie enigmatycznie „TAK” przy poszczególnych pozycjach nie stwierdzonych w toku uprzedniej prezentacji. Wobec nie opatrzenia tej tabeli datą oraz nie wskazania jakiego wykonawcy dotyczy ten scenariusz wnosimy o uznanie, iż scenariusz ten nie nosi znamion dokumentu, a co za tym idzie Zamawiający nie udokumentował należycie zgodnie z zasadą pisemności przebiegu i wyniku ponownej prezentacji.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie jego oddalenie. Jako podstawę odrzucenia odwołania wskazał art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp stwierdzając, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Wskazał, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp odwołujący w istocie uzasadnia faktem nieuprawnionego – w ocenie odwołującego – wezwania Comarch Polska S.A. do ponownego przeprowadzenia prezentacji. Zamawiający zauważył, że o dopuszczeniu możliwości wezwania wykonawców do przeprowadzenia prezentacji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp powiadomił wykonawców dnia 21 czerwca 2013 r. publikując odpowiedzi na pytania wykonawców, w tym odpowiedź na pytanie nr 48 (cytowane także w odwołaniu). W konsekwencji kwestionowanie zasad prezentacji dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty jest, zdaniem zamawiającego, spóźnione. Zamawiający stwierdził, że prezentacja systemu nie miała być załączana do oferty i nie stanowi jej treści, a wykonawcy byli zapraszani o jej przeprowadzenie w wyznaczonym terminie. Zamawiający stwierdził, że wykonał czynności wezwania do przeprowadzenia dodatkowej prezentacji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp zgodnie z treścią siwz i wyjaśnień z dnia 21 czerwca 2013 r. Dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w związku z potwierdzeniem przez przystępującego wymaganych funkcjonalności systemu – a potwierdzenie to miało miejsce zarówno podczas pierwszej, jak i drugiej prezentacji. Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w odpowiedzi na pytanie, iż dopuścił zastosowanie do prezentacji jako próbki, przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp, co oznacza, że prezentacja nie stanowiła treści oferty, o czym świadczy treść siwz i opis prezentacji. Wskazał, że w sytuacji niepotwierdzenia wymagań przedmiotowych (próbka – prezentacja), również po wezwaniu do uzupełnienia,

oferta podlegałaby odrzuceniu jako skutek wykluczenia. W ocenie zamawiającego treść oferty Comarch Polska S.A. był od początku ustalona i nie podlegała zmianie, natomiast prezentacja, jako czynność wykonana po terminie składania ofert, w tym postępowaniu podlega dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokoły dokumentujące przeprowadzone przez przystępującego prezentacje, oraz stanowiska przedstawione w pismach procesowych i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Istotą sporu jest ocena, czy przewidziana przez zamawiającego w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia prezentacja funkcjonalności oferowanego systemu informatycznego stanowi element oferty w znaczeniu ścisłym, czy też jest czynnością mającą znamiona dokumentu służącemu potwierdzeniu spełniania przez oferowane usługi postawionych wymagań. Stwierdzić należy, że przepisy ustawy pzp tj. art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy /.../ traktujące o sposobie potwierdzania warunków przedmiotowych zamówienia przez wykonawcę, nie pozwalają na rozstrzygnięcie wątpliwości co do charakteru prawnego prezentacji; pojęcie to w ogóle nie występuje we wskazanych przepisach. W rzeczywistości nie ma możliwości przyjęcia jednoznacznej zasady, a konieczne jest rozstrzygnięcie przedmiotowej kwestii w konkretnym stanie faktycznym.

W rozpatrywanej sprawie Zamawiający w postanowieniach siwz wskazał, iż zastrzega sobie prawo do zaproszenia Wykonawców, którzy złożyli oferty na prezentację oferowanego oprogramowania, a podczas prezentacji oferowanego rozwiązania Zamawiający dokona weryfikacji wybranych przez siebie funkcjonalności wskazanych w załącznikach opisujących przedmiot zamówienia. W trakcie prezentacji przewidziano dokonanie oceny zgodności z prawdą zamieszczonych w ofercie informacji w tym zakresie. W razie stwierdzenia niezgodności z deklarowaną

przez Wykonawców w ofercie w zakresie wymagań i parametrów przewidziano skutek w postaci odrzucenia oferty. Powołane zapisy specyfikacji mogły sugerować, że prezentacja, z uwagi na zapowiedź odrzucenia oferty razie negatywnego jej wyniku, stanowi immanentną treść oferty. Jednakże w toku postępowania, jeden z wykonawców zadał pytanie, w którym stwierdził, że prezentacja jest formą próbki i jako taka traktowana jest jako dokument Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../ prezentacja podlega najpierw uzupełnieniu, a jej wadliwość bez uzupełnienia nie może być podstawą do odrzucenia oferty. W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że: w odniesieniu do załącznika nr 22 - tak jak do pozostałych dokumentów, ma zastosowanie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, czego nie wykluczają cytowane zapisy specyfikacji. Powyższe wyjaśnienie zamawiającego oznacza, że jako prowadzący postępowanie w istocie przyznał on rację zadającemu pytanie i uznał prezentację za „dokument” o charakterze przedmiotowym służącym potwierdzeniu spełniania wymagań przez oferowany przedmiot zamówienia. W konsekwencji podlega ona procedurze przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp, jednoznacznie zresztą wskazanej w odpowiedzi na pytanie. Jak ustalono w toku postępowania, po dokonaniu prezentacji przez przystępującego zamawiający stwierdził brak niektórych funkcjonalności, w ocenie zamawiającego „drobnych”, a także nie wymienionych wprost w siwz lecz, jak wynika z protokołu prezentacji, oczekiwanych przez zamawiającego.

W wyniku kolejnej prezentacji, przeprowadzonej w wyniku wezwania wykonawcy, zamawiający stwierdził, że wykonawca przedstawił wymagane funkcjonalności i potwierdził, że zaoferowane oprogramowanie jest zgodne z postanowieniami siwz.

Oceniając dokonane czynności Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp wobec braku dowodu o niezgodności treści oferty z treścią siwz. W istocie treść oferty złożonej w postępowaniu nie była zmieniana, a uznanie prezentacji za rodzaj „dokumentu”, nie zaś wprost treści oferty, dokonane przez zamawiającego w toku postępowania i nie kwestionowane przez uczestników z dopuszczalnym jego uzupełnieniem, było zgodne z art. 26 ust. 2 ustawy pzp.

Tym samym niezasadny jest również zarzut art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp wobec stwierdzenia, iż treść oferty nie była zmieniana po jej złożeniu, w tym także w ramach i w wyniku przeprowadzonych prezentacji.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....