

Sygn. akt: KIO 386/15

WYROK
z dnia 18 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2015 r. przez wykonawcę: **CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. w Lublinie (20-149), ul. Do Dysa 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Żoliborz w Warszawie (01-637), ul. Szanojchy 8**

przy udziale wykonawcy: **Atende Medica sp. z o.o. w Warszawie (02-665), Al. Wilanowska 313** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Samodzielnemu Publicznemu Zespołowi Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Żoliborz w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) oferty złożonej przez wykonawcę: Atende Medica sp. z o.o. w Warszawie z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,**
2. **kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw wykonawcę: Atende Medica sp. z o.o. w Warszawie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wnoszącego sprzeciw wykonawcy: **Atende Medica sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz wykonawcy: **CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. w Lublinie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Rozbudowa/budowa i wdrożenie zintegrowanego informatycznego systemu ambulatoryjnego wraz z dostawą kompatybilnego sprzętu serwerowego*” zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Żoliborz w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją przesłaną Prezesowi Izby w piśmie z dnia 2 marca 2015 r. oraz z pkt 2.2 protokołu postępowania, przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 224-395451) w dniu 20 listopada 2014 r.

W dniu 27 lutego 2015 r. odwołanie wniósł wykonawca: CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. w Lublinie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy: Atende Medica sp. z o.o. w Warszawie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także wobec zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez powołanego wykonawcę. Niezależnie od powyższego odwołanie wniesiono również wobec zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu opinii bankowej złożonej w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 lutego 2015 r., a także wobec zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Atende Medica sp. z o.o. w Warszawie do uzupełnienia dokumentu wymaganego w pkt 8.1 SIWZ.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. „*art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez zaniechania wykluczenia ATENDE Medica Sp. z o.o. (dalej ATENDE Medica) z postępowania pomimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co dotyczy części oferty dotyczącej oprogramowania RIS/PACS, w której ATENDE Medica zaoferowała oprogramowanie MedicusOnLine, którego producentem jest ATENDE Medica (pkt 6.2 oferty), w sytuacji gdy z treści wyjaśnień ATENDE Medica złożonych w dniu 21 oraz 28 stycznia 2015 r. wynika,*

- iż przedmiotem oferty jest oprogramowanie „ArPACS” produkowane przez SYNKETIK S.A., co mogło mieć wpływ na wynik postępowania z uwagi na fakt, iż pochodzenie oprogramowania RIS/PACS oraz HIS/AIS od jednego producenta było kryterium punktowanym, wpływającym na ocenę oferty.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 PZP oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ATENDE Medica Sp. z o.o., pomimo że treść tej oferty, w części dotyczącej oprogramowania RIS/PACS nie odpowiada treści S1WZ, ponieważ:
 - a) wskazane w pkt 6.2 formularza oferty oprogramowanie RIS/PACS „MedicusOnLine”, którego producentem ma być ATENDE Medica nie jest wyrobem medycznym zarejestrowanym w klasie IIa, a ATENDE Medica w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wykazała, iż oprogramowanie „MedicusOnLine” zostało zgłoszone do rejestru wyrobów medycznych, przedkładając dokumenty dotyczące produktu „ArPACS” produkowanego przez SYNKETIK S.A.,
 - b) wskazane w pkt 6.2 formularza oferty oprogramowanie RIS/PACS „MedicusOnLine”, którego producentem ma być ATENDE Medica nie posiada certyfikatu profili integracji IHE potwierdzonego wpisem na stronie IHE,
 - c) wskazane w wyjaśnieniach ATENDE Medica z dnia 21 stycznia 2015 r. oprogramowanie RIS/PACS „ArPACS”, którego producentem jest SYNKETIK S.A. w Warszawie nie zostało zaoferowane w treści oferty, a przyjęcie, iż przedmiotem oferty jest oprogramowanie ArPACS skutkowało negocjowaniem i niedopuszczalną zmianą treści oferty.
 3. art. 89 ust. 1 pkt 3 P2P w związku z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2013 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ATENDE Medica, w sytuacji gdy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu oprogramowania medycznego RIS/PACS pod oznaczeniem wprowadzającym w błąd co do pochodzenia tego oprogramowania, co polega na wskazaniu w ofercie oprogramowania MedicusOnLine, którego producentem miała być ATENDE Medica (pkt 6.2 formularza oferty), w sytuacji gdy w rzeczywistości przedmiotem oferty było oprogramowanie ArPACS produkowane przez SYNEKTIK S.A. w Warszawie.
 4. art. 8 ust. 3 PZP, w związku z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części oferty złożonej przez wykonawcę ATENDE Medica objętej zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie obejmującym opinię bankową złożoną wraz z wyjaśnieniami ATENDE Medica z dnia 17 lutego 2015 r.,

w sytuacji gdy wykonawca ten nie objął zastrzeżeniem opinii bankowej dołączonej do oferty.

5. *art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania ATENDE Medica do uzupełnienia dokumentów oraz ewentualnego odrzucenia oferty ATENDE Medica z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie dołączył do oferty zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczeniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi tj. certyfikatu ISO 9001:2008 lub równoważnego {pkt III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz 8.1 SIWZ}.*”

Uzasadniając tak sformułowane zarzuty, Odwołujący twierdził, że wykonawca: Atende Medica sp. z o.o. w Warszawie zaoferował oprogramowanie MedicusOnLine, którego jest producentem, a które nie spełnia wymagań Zamawiającego opisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), na stronach 89 i 90 załącznika nr 2 do SIWZ – Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ). Zdaniem Odwołującego powołany wykonawca, składając wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 stycznia 2015 r. zmienił *de facto* treść złożonej przez siebie oferty przedstawiając Zamawiającemu deklarację zgodności WE i certyfikat WE odnoszące się do oprogramowania innego producenta, które nie było objęte pierwotną treścią oferty. Odwołujący podkreślał w tym kontekście, że zaistnienie faktu pochodzenia wszystkich modułów oprogramowania oferowanego Zamawiającemu od jednego producenta było jednym z kryteriów oceny ofert zgodnie z SIWZ. Twierdził również, że wprowadzona zmiana w treści oferty wprowadzała Zamawiającego w błąd co do pochodzenia oferowanego oprogramowania, a także prokurowała złożenie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji co do pochodzenia oferowanego oprogramowania w kontekście kryterium oceny ofert, a zatem mających wpływ na wynik postępowania.

Mając na uwadze sformułowane przez siebie zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

- 1) *„unieważnienie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,*
- 2) *udostępnienie zastrzeżonych części oferty złożonej przez ATENDE Medica,*
- 3) *alternatywnie wezwanie Atende Medica do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w przypadku gdy ich oferta nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp*
- 4) *wykluczenie ATENDE Medica lub odrzucenie oferty tego wykonawcy,*
- 5) *powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.”*

W dniu 5 marca 2015 r. wykonawca: Atende Medica sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 12 marca 2015 r. Zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przystępujący, w toku posiedzenia Izby z udziałem stron, oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izby wykluczyła w odniesieniu do rozpoznawanego odwołania to, aby wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczane przez niego za zgodność z oryginałem, a także te, które zostały złożone w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego oraz Przystępującego, z tym zastrzeżeniem, iż dokumenty sporządzone w języku obcym zostały uwzględnione tylko w takim zakresie, w jakim złożone zostało ich tłumaczenie na język polski. Zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014, poz. 964), wszystkie dokumenty przedstawia się Izbie w języku polskim, jeśli zaś strona powołuje się na dokumenty sporządzone w języku obcym, jest zobowiązana przedstawić ich tłumaczenie na język polski. Przepis ten nie dopuszcza wyjątków. Dlatego też, jak to już zostało wskazane, strona powołująca się na sporządzone w języku obcym dokumenty, zobowiązana jest złożyć Izbie ich tłumaczenie. Niezałączenie takiego tłumaczenia nie pozwoliło Izbie uwzględnić jako dowodu dokumentu sporządzonego w języku obcym, tj. przedstawionego przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 13 marca 2015 r. wydruku ze strony internetowej.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w każdym z odwołań, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 4.1 SIWZ wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 2 do SIWZ.

W pkt 6.2.3 SIWZ Zamawiający postanowił, że uzna za spełniony warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej jeżeli wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 500 000 zł. W celu potwierdzenia tak opisanego warunku, zgodnie z pkt 7.1.4 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wraz z ofertą informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową wykonawcy.

W pkt 8.1 SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie: *„Wykonawca do oferty dołączy zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewnienia jakości opartych na odpowiednich normach europejskich np. certyfikat ISO 9001:2008 lub równoważny.”*

W pkt 15 SIWZ Zamawiający zawarł opis kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty wraz z ich znaczeniem oraz sposobem oceny ofert. Jedno z pięciu kryteriów (pkt 15.1.b) SIWZ) Zamawiający opisał jako *„dostarczone moduły systemu pochodzące od jednego producenta oprogramowania – 20%”*, wyjaśniając przy tym, że w przypadku, gdy system AIS/HIS i RIS/PACS będzie pochodził od jednego producenta, wykonawca otrzyma punkty w ramach tego kryteriów, zaś w przypadku, gdy nie będą one pochodziły od jednego producenta, takich punktów nie otrzyma.

W załączniku nr 1 do SIWZ – Formularzu oferty (FO), w pkt 3.a) wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia oświadczenia dotyczącego pochodzenia oferowanego oprogramowania – zawarto tam następującą treść: *„oświadczam, że dostarczone moduły systemu (wpisać odpowiednio: pochodzą / nie pochodzą) od jednego producenta oprogramowania”*. Oświadczenia składane w pkt 3 FO opatrzone zostały następującą adnotacją: *„Informacje podane w pkt 3 będą podstawą do oceny w ramach kryteriów oceny ofert i nie mogą być uzupełniane po otwarciu ofert na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp”*.

W pkt 6 FO Zamawiający wpisał m.in.: *„Dane dotyczące oferowanego sprzętu, systemu i oprogramowania: 1) oprogramowanie medyczne AIS/HIS: wersja, producent 2) oprogramowanie medyczne RIS/PACS: wersja, producent:”*. Oświadczenia składane w pkt 6 FO opatrzone zostały następującą adnotacją: *„Dane te stanowią treść oferty. Należy obowiązkowo podać wymagane dane pod rygorem odrzucenia oferty.”*

W pkt VII.16 OPZ w dziale „Import badań do systemu archiwizacji” (str. 90 OPZ) Zamawiający postawił m.in. następujące wymagania: „System archiwizacji i dystrybucji obrazów zarejestrowany / zgłoszony jako wyrób medyczny w klasie IIa, System archiwizacji i dystrybucji posiada certyfikat profili integracji IHE potwierdzony wpisem na stronie IHE”. W tym samym punkcie OPZ w dziale „Archiwizacja i dystrybucja obrazów medycznych (PACS)” (str. 90 OPZ) Zamawiający wymagał: „Oprogramowanie PACS musi być zarejestrowane / zgłoszone w Polsce jako wyrób medyczny w klasie IIa lub posiadające w terminie składania oferty certyfikat CE właściwy dla urządzeń / oprogramowania medycznego w klasie IIa stwierdzający zgodność z dyrektywą 93/42/EEC wystawiony przed jednostkę notyfikowaną”.

Zgodnie z pkt 7.2 protokołu postępowania termin składania ofert upłynął w dniu 13 stycznia 2015 r. o godz. 13:30. Przed jego upływem wpłynęły do Zamawiającego trzy oferty, w tym te, które złożone zostały odpowiednio przez Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący w złożonej przez siebie ofercie zawarł następujące oświadczenia: „3. Oświadczam, że: a) dostarczone moduły systemu: pochodzą od jednego producenta oprogramowania (...) 6. Dane dotyczące oferowanego sprzętu, systemu i oprogramowania: 1) oprogramowanie medyczne AIS/HIS: wersja MedicusOnLine producent Atende Medica 2) oprogramowanie medyczne RIS/PACS: wersja MedicusOnLine producent Atende Medica”.

Wraz z ofertą złożył on również opinię bankową opatrzoną datą: 1 grudnia 2014 r., w której w pkt 2 zawarte zostało stwierdzenie: „obroty na rachunku za okres od 01.09.2014 r. do 30.11.2014 r. stanowiły kwotę 7-mio cyfrową”.

Zamawiający pismem z dnia 19 stycznia 2015 r. wezwał Przystępującego do potwierdzenia spełniania postawionego w SIWZ wymagania „Oprogramowanie PACS musi być zarejestrowane / zgłoszone w Polsce jako wyrób medyczny w klasie IIa lub posiadające w terminie składania oferty certyfikat CE właściwy dla urządzeń / oprogramowania medycznego w klasie IIa stwierdzający zgodność z dyrektywą 93/42/EEC wystawiony przed jednostkę notyfikowaną”, przy czym Zamawiający oczekiwał od Przystępującego podania daty zgłoszenia do rejestru lub daty wystawienia certyfikatu.

Odrębnym pismem z tego samego dnia (19 stycznia 2015 r.) Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przystępujący na każde z powołanych wezwań odpowiedział składając dwa odrębne pisma, pierwsze opatrzone datą 21 stycznia 2015 r., drugie datą dzień późniejszą.

W pierwszym z powołanych pism, Przystępujący potwierdził, że *„oprogramowanie PACS jest zarejestrowane w Polsce jako wyrób medyczny w klasie IIa oraz posiada w terminie składania oferty certyfikat CE właściwy dla urządzeń / oprogramowania medycznego w klasie IIa stwierdzający zgodność z dyrektywą 93/42/EEC wystawiony przed jednostkę notyfikowaną”*, na potwierdzenie czego załączył deklarację zgodności WE z dnia 1 sierpnia 2014 r. oraz certyfikat WE zgodny z 93/42/EEC z dnia 20 października 2014 r. Dokumenty te potwierdzały, że firma Synektik S.A. jest wytwórcą wyrobu o nazwie *„ARPACS Zintegrowany System Medyczny”*. Wraz z powołanym pismem Przystępujący złożył również m.in. kolejno składane Urzędowi Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych formularze zgłoszenia do rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i do używania potwierdzające zgłaszanie kolejnych zmian podlegający ujawnieniu w powołanym rejestrze. Dwa najbliższe datą terminowi składania ofert opatrzone zostały odpowiednio datą wpływu do powołanego Urzędu w dniu 31 października 2013 r. i 7 sierpnia 2014 r. Późniejsze ze zgłoszeń, zgodnie z pkt 1.010 dotyczyło zmiany danych podmiotu, tj. adresu wytwórcy – zgodnie z pkt 1.015 – firmy Synektik S.A.. Wcześniejsze zaś zgłoszenie (potwierdzona data wpływu do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w dniu 31 października 2013 r.) dotyczyło zmiany danych wyrobu. Zgodnie z pkt 2.005 zmieniona została nazwa wyrobu: nazwa: *„ARPACS system do rejestracji, wizualizacji, opisu i archiwizacji medycznych danych osobowych”* zastąpiona została nazwą: *„ARPACS ZINTEGROWANY SYSTEM MEDYCZNY SYSTEM DO REJESTRACJI, WIZUALIZACJI, OPISU I ARCHIWIZACJI MEDYCZNYCH DANYCH OSOBOWYCH”*. Tak też brzmieć miała nazwa handlowa tegoż produktu zgodnie z danymi ujawnionymi w pkt 2.009. W pkt 2.010 opisanym jako: *„Inne nazwy tego samego wyrobu (jeśli używane)”* nie zostały ujawnione żadne dane. Innych późniejszych zgłoszeń do powołanego Urzędu odnoszących się do tegoż wyrobu, czy też jakiegokolwiek innego, Przystępujący Zamawiającemu nie przedstawił.

W piśmie z dnia 22 stycznia 2015 r. Przystępujący zawarł wyjaśnienia odnoszące się do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny składane w trybie art. 90 ustawy Pzp, zastrzegając jednocześnie, że ich treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 27 stycznia 2015 r. Zamawiający poinformował Przystępującego, że w jego ocenie treść przedstawionych przez tego wykonawcę w dniu 21 stycznia 2015 r. wyjaśnień jest sprzeczna z treścią pkt 6.2 oferty przez niego złożonej – z formularza oferty wynikało,

zdaniem Zamawiającego, że producentem oferowanego oprogramowania medycznego PACS jest Przystępujący, tymczasem złożone wraz z wyjaśnieniami „*certyfikaty zgodności zostały wystawione na innego producenta, tj. firmę Synektik*”. Mając to na uwadze Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia odpowiednich wyjaśnień.

Przystępujący, w piśmie z dnia 28 stycznia 2015 r., wyjaśnił, że to on jest producentem, wytwórcą zaś jest Synektik. Oświadczył, że „*na mocy umowy podpisanej pomiędzy firmą SYNEKTIK a Atende Medica sp. z o.o. producentem oprogramowania RIS/PACS w wybranych placówkach jest nasza firma. Ponadto należy dodać, że jako producent posiadamy dostęp do kodu źródłowego oprogramowania, a także świadczymy jego opiekę serwisową*”.

Pismem z dnia 10 lutego 2015 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia opinii banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej spełnianie warunku opisanego w SIWZ.

Przystępujący wraz z pismem z dnia 17 lutego 2015 r. przedstawił nową opinię bankową (również opatrzoną datą 1 grudnia 2014 r.), w której ujawniony został stan konta na określony dzień i opisany konkretną kwotą. Jednocześnie Przystępujący zastrzegł, aby nie udostępniać powołanej opinii, gdyż stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 26 lutego 2015 r. Zamawiający wyjaśnił Odwołującemu, że Przystępujący zastrzegł, jako objęte tajemnicą „*wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny – pismo z dnia 22.01.2015 r.*” oraz „*opinię bankową – uzupełnienie dokumentu w dniu 17.02.2015 r.*”, stąd też dokumenty te nie mogą mu zostać udostępnione.

Pismem z dnia 18 lutego 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą, wobec czego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż część sformułowanych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

W rozpoznawanej sprawie za rozstrzygającą uznała Izba literalną treść oferty (oświadczenia w nim zawartego) złożonej przez Przystępującego i okoliczności, w jakich oferta ta została Zamawiającemu złożona. Izba uwzględniła przy tym pogląd wyrażony przez A. Janiaka w *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna.*, WKP, 2012 który stwierdził co następuje: „W uzasadnieniu uchw. SN z dnia 29 czerwca 1995 r. (III CZP 66/95) sąd wyjaśnił, że stosowanie metody kombinowanej do oświadczeń woli obejmuje zasadniczo dwie fazy. W pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się, mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami. Na tym etapie wykładni priorytetową regułą interpretacyjną oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom stanowi rzeczywista wola stron. Zastosowanie tej reguły wymaga wyjaśnienia, jak strony rzeczywiście rozumiały złożone oświadczenie woli, a w szczególności, jaki sens łączyły z użytym w oświadczeniu woli zwrotem lub wyrażeniem. W razie ustalenia, że były to te same treści myślowe, pojmowany zgodnie sens oświadczenia woli trzeba uznać za wiążący. Podstawę prawną do stosowania wykładni subiektywnej stanowi art. 65 § 2 k.c., który - chociaż mowa w nim o umowach - odnosi się do wszystkich oświadczeń woli składanych innej osobie. Jeżeli natomiast okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, konieczne jest przejście do drugiej fazy wykładni (obiektywnej), w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten zrozumiał i rozumieć powinien. Za wiążące uznać trzeba w tej fazie wykładni takie rozumienie oświadczenia woli, które jest wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata. Decydujący jest normatywny punkt widzenia odbiorcy, który z należyłą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli. Przeważa tu zatem ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia woli nad wolą, a ściślej nad rozumieniem nadawcy. Nadawca bowiem formułuje oświadczenie i powinien uczynić to w taki sposób, aby było ono zgodnie z jego wolą zrozumiane przez odbiorcę. Wykładnia obiektywna sprzyja pewności stosunków prawnych, a tym samym i pewności obrotu prawnego (por. też wyr. SN z dnia 24 maja 2005 r., V CK 655/04, Lex nr 152449; wyr. SA w Poznaniu z dnia 1 marca 2007 r., I ACa 1096/06, Lex nr 298427; wyr. SN z dnia 19 września 2007 r., II CSK 189/07, Lex nr 306767). 8. Ważnym kryterium oceny oświadczenia woli w procesie jego wykładni są okoliczności, w których zostało ono złożone. Chodzi o te okoliczności towarzyszące złożeniu oświadczenia woli, które stanowią dla niego tzw. kontekst sytuacyjny (tło) i które pozostają w związku ze znaczeniem wyrażeń językowych użytych przez składającego oświadczenie woli. Okoliczności te mają doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy sens tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego jego brzmienia. Przy dokonywaniu wykładni oświadczeń woli znaczenie mają tylko zewnętrzne, poznawalne

okoliczności jego złożenia, a nie subiektywne przekonanie osoby składającej to oświadczenie (por. wyr. SN z dnia 12 stycznia 1960 r., III CR 436/60, OSNPG 1961, nr 6, poz. 27; S. Grzybowski (w:) System prawa cywilnego, t. I, 1974, s. 532)."

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie rozstrzygającym będzie „punkt widzenia odbiorcy” – adresata oświadczenia zawartego w ofercie złożonej przez Przystępującego, a zatem Zamawiającego i to jak rozumiał on i winien rozumieć oświadczenie Przystępującego w okolicznościach, w jakich zostało mu ono złożone.

W rozpoznawanej sprawie oczywistym było to, że w ofercie złożonej Zamawiającemu Przystępujący wskazał na oprogramowanie *MedicusOnLine*, którego, zgodnie z tą ofertą, jest on producentem. Jak wykonawca ten wyjaśnił w toku rozprawy przed Izbą, oprogramowanie pod taką właśnie nazwą handlową oferowane jest przez niego począwszy od roku 2008. Z materiału dowodowego zebranego w sprawie, jak również ze stanowisk Stron oraz Przystępującego, wynika, że powołane oprogramowanie *MedicusOnLine* nie jest zarejestrowane jako wyrób medyczny, nie posiada również odpowiednich certyfikatów wymaganych w OPZ przez Zamawiającego. Za przyjęciem takiego założenia przemawia m.in. treść pisma Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 11 marca 2015 r., w którym Urząd ten stwierdza stanowczo, że powołane oprogramowanie nie zostało ujęte w bazie prowadzonej na podstawie art. 64 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679 ze zm.), a ponadto Przystępujący nie został tam ujawniony Przystępujący jako wytwórca. Co istotne, sam Przystępujący oświadczył, że oprogramowanie *MedicusOnLine* nie jest zarejestrowane jako wyrób medyczny, przy czym, w kontekście stawianych mu zarzutów o wprowadzeniu do obrotu oprogramowania pod oznaczeniem wprowadzającym w błąd (a zatem w kontekście twierdzeń odnoszących się do oprogramowania PACS), podnosił on również, że oferuje on oprogramowanie, które dopiero powstanie, stąd nie można mówić o tym, że zostało ono już wprowadzone do obrotu. Okoliczność ta wyklucza to, aby oferowane przez Przystępującego oprogramowanie mogło posiadać w terminie składania ofert certyfikat CE, o którym mowa na str. 90 OPZ, skoro w tym terminie jeszcze ono nie powstało.

W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, że zgodnie z pkt 2.009 i 2.010 formularza zgłoszenia z dnia 31 października 2013 r. oprogramowanie, którego wytwórcą jest Synektik S.A. nie funkcjonuje na rynku pod nazwą ujawnioną w ofercie złożonej przez Przystępującego. Innych późniejszych zgłoszeń do powołanego Urzędu odnoszących się do tegoż wyrobu, czy też jakiegokolwiek innego, które potwierdzać miałyby stanowisko Przystępującego, wykonawca ten Zamawiającemu nie przedstawił.

Mając to na uwadze, Izba uznała, że zasadnie zarzucał Zamawiającemu Odwołujący zaniechanie odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oferty złożonej przez Przystępującego. Z jej treści wynika bowiem że jej przedmiotem jest oprogramowanie, które nie spełnia minimalnych wymagań opisanych w SIWZ, a tym samym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W OPZ na stronie 90 wymagane było bowiem, aby oferowane Zamawiającemu oprogramowanie zostało co najmniej zgłoszone jako wyrób medyczny lub też posiadało w terminie składania ofert odpowiedni, wskazany tam, certyfikat CE. Tymczasem, zgodnie z wyjaśnieniami Przystępującego, oprogramowanie przez niego oferowane zostanie dopiero wykonane. Skoro zatem w terminie składania ofert nie istniało ono jeszcze, to tym samym nie mogło spełniać powołanych wymagań opisanych w OPZ.

Uwzględniając tak poczynione ustalenia, Izba uznała, że niedopuszczalnym było ocenienie jako skutecznych wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 21 stycznia 2015 r. Ich treść *de facto* prowadzi bowiem do zmiany pierwotnej treści SIWZ, przez odwołanie się do oprogramowania, którego wytwórcą jest Synektik S.A. Tym samym przyjęcie przez Zamawiającego, że tak przedstawione wyjaśnienia mogły „doprecyzować” opis oferowanego mu przez Przystępującego świadczenia, stało wbrew przepisowi art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który przesądza o tym, że niedopuszczalnym jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Nie zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, aby w pierwotnej treści oferty zawarte zostały jakiegokolwiek informacje o tym, aby oprogramowanie oznaczone jako *MedicusOnLine*, funkcjonujące na rynku od lat pod taką właśnie marką, obejmować miało również jakiegokolwiek elementy składające się na oprogramowanie wskazane dopiero na etapie powołanych wyjaśnień. W świetle treści oferty i okoliczności, w jakich została ona złożona (fakt nawiązania współpracy przez Przystępującego z firmą Synektik S.A. nie został ujawniony do publicznej wiadomości do upływu terminu składania ofert, o czym świadczy objęcie zastrzeżeniem tajemnicy umowy regulującej zasady tej współpracy, a także jednoczesne funkcjonowanie w obrocie oprogramowania *MedicusOnLine*) brak było podstaw do tego, aby uznać, że Zamawiający, Odwołujący, czy też jakikolwiek profesjonalny uczestnik rynku posiadał wiedzę o istnieniu jakichkolwiek okoliczności obiektywnych przemawiających za inną interpretacją literalnej treści oferty złożonej przez Przystępującego. Innymi słowy, przed Izbą nie zostało udowodnione, aby istniały przesłanki przemawiające przeciw przyjęciu, że z oferty złożonej przez Przystępującego wynika w sposób jednoznaczny to, iż jej przedmiotem jest zaoferowanie Zamawiającemu oprogramowania *MedicusOnLine* w takim kształcie, w jakim funkcjonowało ono na rynku do upływu terminu składania ofert, a zatem takiego, które nie spełnia wymagań opisanych na stronie 90 OPZ.

Niezależnie od powyższego, w wyjaśnieniach składanych przez Przystępującego Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w stanowisku prezentowanym w toku rozprawy przed Izbą, Izba dostrzegła wewnętrzną sprzeczność, która wpływa na ocenę wiarygodności twierdzeń formułowanych przez tegoż wykonawcę.

Z jednej strony twierdził, że jest on uprawniony do powoływania się na status producenta (tak w wyjaśnieniach z dnia 28 stycznia 2015 r.), powołując się przy tym na umowę z firmą Synektik S.A. Umowa ta została przedstawiona Izbie w toku rozprawy – postawienia jej kształtują uprawnienia Przystępującego odnoszące się do oprogramowania, którego wytwórcą jest Synektik S.A., zawiera ona również postanowienia odnoszące się do wynagrodzenia (okoliczności ujawnione przez Przystępującego w piśmie z dnia 28 stycznia, jak również w toku rozprawy przed Izbą).

Z drugiej zaś strony, Przystępujący w piśmie z dnia 22 stycznia 2015 r. składa Zamawiającemu wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Pzp, których treść w zakresie w jakim odwołuje się do uprawnień Przystępującego w zakresie praw autorskich i wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, stoi w sprzeczności z twierdzeniami formułowanymi w kontekście współpracy, która miała zostać nawiązana przez Przystępującego z firmą Synektik S.A. Co istotne, tak wyjaśnienia z dnia 22 stycznia 2015 r., jak i umowa z firmą Synektik S.A., zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, stąd też ich treść nie była znana Odwołującemu. Okoliczność ta pozbawia również Izbę możliwości przytoczenia konkretnych zapisów w uzasadnieniu, którego treść zostanie w całości upubliczniona na stronach Urzędu Zamówień Publicznych.

W świetle tak ustalonej przez Izbę wewnętrznej sprzeczności w stanowisku Przystępującego, wątpliwym wydawać się może, czy rzeczywistym jego zamiarem w chwili składania oferty Zamawiającemu (niezależnie od faktu, iż taki ewentualny zamiar nie znalazł odzwierciedlenia w treści oferty złożonej Zamawiającemu) było zaoferowanie oprogramowania, które miało zostać zbudowane zgodnie z zasadami współpracy uregulowanymi w umowie opatrzonej datą 15 listopada 2014 r. (data ta została ujawniona przez Przystępującego w toku rozprawy przed Izbą).

Uwzględniając fakt, iż zarzuty zaniechania wykluczenia Przystępującego przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, jak również zaniechania odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, zostały *de facto* podniesione ewentualnie na wypadek, gdyby przyjęte zostało przez Izbę, że oferta złożona przez Przystępującego obejmuje swą treścią również

dostawę oprogramowania, którego wytwórcą jest Synektik S.A., Izba uznała, że w ustalonych okolicznościach faktycznych, nie zasługiwały one na uznanie.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ze stanowiska Odwołującego wynika, że wyłączał on możliwość skutecznego zastrzeżenia, jako objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, uzupełnionej opinii bankowej, tylko dlatego, że pierwotnie złożona wraz z ofertą opinia takim zastrzeżeniem nie została objęta. Izba nie podzieliła takiej oceny. Zgodnie z powołanym przepisem nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Regulacja ta nakłada na wykonawców obowiązek wykazania Zamawiającemu już w chwili składania mu odpowiednich dokumentów, że zawarte w nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wystarczy zatem samo poczynienie zastrzeżenia, koniecznym jest jednocześnie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można jednakże, w kontekście powołanego przepisu ustawy Pzp, przyjąć, że w przypadku, gdy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przedstawia Zamawiającemu nowe dokumenty, obejmujące informacje dotychczas nie ujawnione Zamawiającemu, nie może on takich właśnie, nieujawnionych dotychczas, informacji (oczywiście, jeśli istnieją ku temu podstawy) zastrzec jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Ważnym jest przy tym, aby jednocześnie wykazał on, że zastrzeżenie to jest zasadne. Tymczasem stawiany przez Odwołującego zarzut opierał się na przekonaniu, że po upływie terminu składania ofert, jeśli na tym etapie zastrzeżenia takiego nie poczyniono, niemożliwym jest już jego dokonanie na etapie uzupełniania dokumentów pierwotnie złożonych wraz z ofertą. Zauważenia w tym kontekście wymaga to, że Odwołujący kwestionował samą tylko możliwość poczynienia takiego zastrzeżenia, nie twierdził przy tym, iż Przystępujący nie wykazał, aby dokonane przez niego zastrzeżenie zostało odpowiednio wykazane. Mając na uwadze to, że Izba orzeka w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, tak postawiony zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Faktem jest, że złożona razem z ofertą opinia bankowa takim zastrzeżeniem objęta nie została, jednakże oczywistym jest również to, że uzupełniona opinia obejmowała swą treścią nowe informacje, które za tajemnicę przedsiębiorstwa mogły zostać uznane i jako takie zostały przez Przystępującego w chwili ich składania oznaczone.

Podobnie, jako niezasadne, oceniła Izba zarzuty podnoszone przez Odwołującego w kontekście treści pkt 8.1 SIWZ. W ocenie Izby postanowienie w tym punkcie SIWZ zawarte jest tak niejasne i nieprecyzyjne, że nie sposób wywodzić z niego negatywnych konsekwencji dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. SIWZ w zakresie opisującym czy to warunki udziału w postępowaniu, czy to wymogi odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a także dokumenty i oświadczenia składane na potwierdzenie ich spełnienia winny być precyzyjne i nie pozostawiać wątpliwości, co do zakresu wymagań stawianych przed wykonawcami. W rozpoznawanym przypadku treść pkt 8.1 SIWZ jest na tyle niejasna, że nie można w sposób stanowczy przesądzić do jakich to wymogów odnoszących się do przedmiotu zamówienia Zamawiający miał zamiar odnieść wymóg złożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu. Taka ocena powołanego zapisu SIWZ, prowadzić musiała do uznania, że samo niezłożenie wraz z ofertą dokumentu, którego brak w ofercie Przystępującego zarzucił Odwołujący, nie mogło zostać ocenione, jako przemawiające za odrzuceniem oferty złożonej Zamawiającemu.

Uwzględniając tak poczynione ustalenia i dokonane rozstrzygnięcia, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż każdy Odwołujący przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2) powołanego rozporządzenia wnioski o obciążenie wnoszącego sprzeciw Przystępującego poniesionymi przez Odwołującego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz uiszczzonego wpisu (15 000 zł).

Przewodniczący: