

WYROK
z dnia 23 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 czerwca 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 czerwca 2017 r.** przez wykonawcę **S. S. A., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Stołeczne Centrum Opiekuńczo-Lecznicze Sp. z o.o., (...)**

orzeka:

1. umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1174/17 w części dotyczącej zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (j.t. Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 2 pkt 1) i 6), a także art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zakresie tego, aby dostarczony serwer znajdował się liście Windows Server Catalog i posiadał status "Certified for Windows dla systemów Windows Server 2008 R2 x64. Microsoft Windows 2012", jak i w zakresie braku udostępnienia wykonawcom wszelkich niezbędnych dokumentów, szczegółowych danych technicznych czy też dokumentacji niezbędnej do przeprowadzenia integracji systemów,
2. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1174/17, w części dotyczącej zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1

rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (j.t. Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 2 pkt 1) i 6), a także art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zakresie wymogu, aby pobranie i wyświetlenie danych nie mogło trwać dłużej niż w ciągu 6 sekund oraz postanowień § 9 wzoru umowy, jako zawierającego kary umowne, których wysokość została określona w sposób wygórowany,

3. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1174/17, w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, tj. poprzez warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z Rozdz. 3 pkt 1 SIWZ i nakazuje następującą zmianą w tym zakresie:
„(...) 1. że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, co najmniej jedno zamówienie, ale nie więcej niż dwa, o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 000 000,- zł brutto, w ramach którego Wykonawca wykonał:
 - a) dostarczył licencje oraz wdrożył wraz z serwisem w całym zakresie funkcjonalności zintegrowany system informatyczny HIS obejmujący co najmniej moduły: izba przyjęć, ruch chorych, zlecenia, oddział, apteka, apteczka oddziałowa, gabinet lekarski, rozliczenia z NFZ, Statystyka Medyczna, e- usługi;*
 - b) przeprowadził szkolenie dla pracowników zamawiającego, w tym z zakresu administrowania ww. systemu informatycznego oraz z zakresu użytkowania przynajmniej ww. modułów;*
 - c) dostarczył sprzęt komputerowy oraz serwerowy;*
 - d) dostarczył portal pacjenta z e-usługami w zakresie e-zdrowia.”, jak i dostosowanie*

w konsekwencji Rozdz. 4 pkt 6 SIWZ oraz analogiczną zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu,

4. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1174/17, w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 2 pkt 1) i 6), a także art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zakresie funkcjonalnym oprogramowania - w wymaganiach obligatoryjnych - część medyczna, pkt 1, 4 i 17 załącznik nr 1 do SIWZ i nakazuje zmianę poprzez wykreślenie sformułowań wskazujących na technologie opartą na aplikacji webowej lub poprzez dopuszczenie także technologii opartej na aplikacji desktopowej,

2

5. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1174/17, w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 2 pkt 1) i 6), a także art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zakresie kryterium 4 funkcjonalności punktowane (Rozdz. 12 SIWZ) i nakazuje zmianę poprzez wykreślenie tego kryterium z jednoczesną zmianą wag pozostałych kryteriów lub poprzez w tym kryterium doprecyzowanie maksymalnego, tzn. „nie dłuższego niż” okresu użytkowania systemu, czy też poprzez wskazanie czasowego przedziału (tj. maksymalnej ilości miesięcy użytkowania) przez który oferowana baza danych/oferowany system operacyjny instalowany na serwerze/oferowane oprogramowanie do wirtualizacji nie mogą generować żadnych dodatkowych kosztów dla zamawiającego, czy też w zależności od przyjętych różnych przedziałów w tym zakresie dokonywanie gradacji punktowej,

6. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1174/17, w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (j.t. Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 2 pkt 1) i 6), a także art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zakresie – Wymagania dotyczące prezentacji systemu – załącznik nr 5 do SIWZ (str. 1 z 14) odnośnie opisu procedury przygotowania próbki i nakazuje zmianę poprzez wykreślenie wskazania: „(...)Linus lub Unix (...)”,

7. kosztami postępowania obciąża **Stołeczne Centrum Opiekuńczo-Lecznicze Sp. z o.o., (...)** i:

7.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. S. A., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

7.2. zasądza od **Stołecznego Centrum Opiekuńczo-Lecznicze Sp. z o.o., (...)** na rzecz **S. S. A., (...)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

3

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1174/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Informatyzację Stołecznego Centrum Opiekuńczo - Leczniczego wraz z uruchomieniem e-usług (znak sprawy SCOL/604/2017)”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 081-157339 z 26.04.2017 r., przez Stołeczne Centrum Opiekuńczo-Lecznicze Sp. z o.o., (...) zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 31.05.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o modyfikacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwane dalej: „SIWZ” oraz ogłoszenia o zamówieniu S. S. A., (...) zwanej dalej: „S. S. A.” albo „Odwolującym”.

W dniu 08.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) S. S. A. wniosło odwołanie na w/w czynność z 31.05.2017 r., w kontekście nie wykonania w całości uwzględnienia dokonanego w całości odwołania z 08.05.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.06.2017 r. (e-mailem). Stwierdził, że wnosi odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” czynności Zamawiającego, polegającej na modyfikacji SIWZ w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w odwołaniu S. z 08.05.2017 r., które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości, przez co - in fine - Zamawiający dopuścił się zaniechania wykonania czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu z 08.05.2017 r., do czego był zobowiązany w świetle przepisu art. 186 ust. 2 Pzp. Zarzucił naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez zmodyfikowanie SIWZ w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w odwołaniu S. z 08.05.2017 r., które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości, przez co Zamawiający dopuścił się zaniechania wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu z 08.05.2017 r., co spowodowało, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nadal są określone przez Zamawiającego w sposób prowadzący do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji;
2. art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie

5

zamówienia (j.t: Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) (dalej: "Rozporządzenie") - poprzez zmodyfikowanie SIWZ w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w odwołaniu S. z 08.05.2017 r., które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości, przez co Zamawiający dopuścił się zaniechania wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu z 08.05.2017 r., co spowodowało, że w dokumentacji postępowania nadal wskazany jest konkretny system operacyjny, a Zamawiający nadal wymaga dostarczenia próbki w konkretnym sprzęcie komputerowym;

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 2 pkt 1) i 6), a także art. 186 ust. 2 Pzp poprzez zmodyfikowanie SIWZ w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w odwołaniu S. z 08.05.2017 r., które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości, przez co Zamawiający dopuścił się zaniechania wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu z 08.05.2017 r., co spowodowało, że opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert są nadal sporządzone przez Zamawiającego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, utrudniający uczciwa konkurencie, oraz nieprecyzyjnie. Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz, o nakazanie Zamawiającemu:

- dokonanie czynności polegającej na modyfikacji treści SIWZ w szczególności w zakresie określenia opisu przedmiotu zamówienia, w sposób wskazany w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, co koreluje z żądaniami odwołania z 08.05.2017 r., tak aby zmodyfikowane postanowienia SIWZ były zgodne z Pzp, w szczególności z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W razie uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych

w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Pzp) Odwołujący żąda od Zamawiającego modyfikacji treści SIWZ jak w uzasadnieniu. Wyłącznie na marginesie Odwołujący podkreślił, że w zaistniałych okolicznościach przysługuje mu środek ochrony prawnej w postaci odwołania. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie KIO m.in. w wyroku z 25.04.2014 r. o sygn. akt: KIO 710/10. Analogiczne stanowisko Izba wyraziła również w orzeczeniu z 23.03.2017 r. o sygn. akt: KIO 450/17, KIO 462/17. Podobnie w wyroku z 05.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2480/13, oraz w wyroku 03.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2241/15

Odwołujący wskazuje również na fakt, że termin składania (i otwarcia) ofert został obecnie przewidziany na dzień 14.06.2017 r., a Odwołujący oczywiście nie ma możliwości wpływu na ten termin. Istnieje uzasadnione ryzyko, iż Zamawiający - pomimo kolejnego odwołania na postanowienia SIWZ - dokona czynności otwarcia ofert przez posiedzeniem KIO w przedmiotowej sprawie. Ewentualna zmiana postanowień SIWZ poprzez wyrok KIO oznaczać będzie w takim przypadku, konieczność unieważnienia postępowania, czego Zamawiający musi mieć świadomość.

6

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści "zmodyfikowanej" w wyniku złożonego w dniu 08.05.2017 r. odwołania na treść SIWZ, która zamieszczona została na stronie internetowej Zamawiającego. Odnosząc się do zarzutu pierwszego Odwołujący wskazuje, że w treści SIWZ w Rozdz. 3 - warunki udziału w postępowaniu w akapicie dotyczącym opisu spełnienia warunków pkt 1 Zamawiający, dokonując modyfikacji treści postanowień SIWZ w wyniku uwzględnienia w całości odwołania z 08.05.2017 r. zażądał od wykonawców wykazania, że *w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, co najmniej jedno zamówienie (rozumiane w treści warunku jako umowa o zamówienie publiczne), o wartości nie mniejszej niż 1 900 000 zł brutto, w ramach którego Wykonawca wykonał:*

- a) dostarczył licencje oraz wdrożył w całym zakresie funkcjonalności Webowy zintegrowany system informatyczny HIS obejmujący co najmniej moduły: izba przyjęć, ruch chorych, zlecenia, oddział, apteka, apteczka oddziałowa, gabinet lekarski, rozliczenia z NFZ, Statystyka Medyczna;
- b) przeprowadził szkolenie dla pracowników zamawiającego, w tym z zakresy administrowania ww. systemu informatycznego oraz z zakresu użytkowania przynajmniej ww. modułów;
- c) dostarczył sprzęt komputerowy oraz serwerowy.

2) Producent oprogramowania posiada w zakresie wytwarzania i serwisu oferowanego oprogramowania przyznana normę dotyczącą systemu zarządzania jakością ISO 9001 lub równoważną.

W rozdz. 12 SIWZ - ocena ofert - kryterium oceny Zamawiający przedstawił kryteria oceny ofert oraz wagę poszczególnych kryteriów, m.in.:

- Kryterium Nr 1 - Cena oferty - waga 40 %,
- Kryterium Nr 2 - Deklarowany okres gwarancji - waga 24%,
- Kryterium Nr 3 - Cena brutto miesięcznego kosztu Serwisu Pogwarancyjnego Systemu ZSI przez okres 24 miesięcy - waga 16%,
- Kryterium Nr 4 - funkcjonalności punktowane - waga 20 %.

W dalszej części Zamawiający wskazał zasady oceny poszczególnych kryteriów, gdzie w kryterium nr 2 jako deklarowany okres gwarancji:

- Za dodatkowe 0 miesięcy zadeklarowanej gwarancji ponad obowiązkowe 36 miesięcy Wykonawca otrzyma 0 punktów w tym kryterium,
- Za dodatkowe 12 miesięcy zadeklarowanej gwarancji ponad obowiązkowe 36 miesięcy Wykonawca otrzyma 12 punktów w tym kryterium.
- Za dodatkowe 24 miesiące zadeklarowanej gwarancji ponad obowiązkowe 36 miesięcy Wykonawca otrzyma 24 punkty w tym kryterium.

W przypadku zadeklarowania dłuższej dodatkowej gwarancji niż 24 miesiące, Wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w tym kryterium. Maksymalna możliwa

7

liczba punktów do uzyskania w ocenie ofert w ramach kryterium Nr 2 Deklarowany okres gwarancji (G) wynosi 24.

Natomiast w kryterium nr 4 jako funkcjonalności punktowane Zamawiający wskazał:

- 8 pkt - oferowana baza danych nie może generować żadnych kosztów dla zamawiającego przez cały okres jej użytkowania. W tym czasie zamawiający posiada nieograniczone prawo do bezpłatnych upgradów bazy danych jak również do jej nowych wersji;
- 2 pkt - oferowany system operacyjny instalowany na serwerze aplikacyjnym nie powoduje żadnych kosztów dla zamawiającego przez cały okres jego użytkowania. W tym czasie zamawiający posiada nieograniczone prawo do bezpłatnych upgradów systemu jak również do jego nowych wersji,
- 8 pkt - Wykonawca przekazuje Zamawiającemu kody źródłowe do oprogramowania wraz z prawem do jego modyfikacji na potrzeby Zamawiającego, jego rozbudowy i dostosowywania do zmian w okresie pogwarancyjnym,
- 2 pkt - oferowane oprogramowanie do virtualizacji nie powoduje żadnych kosztów dla zamawiającego przez cały okres jego użytkowania. W tym czasie zamawiający posiada nieograniczone prawo do bezpłatnych upgradów tego oprogramowania jak również do jego nowych wersji.

Odwołujący podkreślił, że w wyniku złożonego odwołania, Zamawiający uwzględniając zarzuty odwołania w całości zobowiązany był do dokonania modyfikacji w sposób zgodny z żądaniami wskazanymi w treści odwołania. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w sposób nieodpowiadający żądaniom Odwołującego. Mając powyższe na uwadze, w pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią przepisu art. 22 ust. 1b Pzp *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie z treścią/ ust. 1b warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej.*

W świetle powyżej wskazanego przepisu, odniósł się do wyroku KIO z 28.09.2011 r., sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11. Wyjaśnił, że Zamawiający nie ma możliwości określenia swoich minimalnych wymagań w inny sposób jak tylko w taki sposób, aby zminimalizować ryzyko udzielenia zamówienia wykonawcy niezdolnemu do jego wykonania. W takim duchu wypowiada się na ten temat doktryna i orzecznictwo, w tym również KIO. Każdemu zamawiającemu przysługuje przy tym uprawnienie do sprecyzowania tych warunków tak, aby zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który nie tylko przedstawił

najkorzystniejszą przedmiotowo ofertę z punktu widzenia kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz jest także podmiotem zdolnym do jego wykonania z uwagi na cechowanie się odpowiednią wiarygodnością (wyrok KIO z 16.09.2012 r., sygn. akt KIO 662/12). Przywołał wyrok KIO z 05.01.2012 r., sygn. akt KIO 2765/11. Odwołujący podkreślił, że w opisie dotyczącym warunków zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, Zamawiający wymaga wykazania od wykonawcy doświadczenia wskazującego, że dostarczył on licencje oraz wdrożył w okresie ostatnich trzech lat webowy system informatyczny HIS. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w dostawie i wdrożeniu systemu w wymaganym zakresie funkcjonalnym co - jakkolwiek - może być uzasadnione z punktu widzenia oczekiwań funkcjonalnych docelowego systemu, jednakże wymusza zastosowanie określonej technologii, która nie ma wpływu na funkcjonalność oferowanego systemu. Zamawiający wyklucza możliwość dostarczenia systemu o pożądanej funkcjonalności ale zbudowanego w równoważnej technologii. Tym działaniem Zamawiający dopuszcza się naruszenia podstawowej zasady równego traktowania wykonawców, poprzez nieuzasadnione promowanie wykonawców, którzy stosują technologię odmienną od technologii stosowanej przez Odwołującego (podkreślić przy tym należy jeszcze raz bardzo wyraźnie - technologii niczym nie uszczuplającej funkcjonalności oczekiwanej przez Zamawiającego).

Zauważył, iż Zamawiający - w ramach oceny poszczególnych kryteriów oceny - przyznaje punkty za "dodatkový" serwis, przy czym - co ważne - nie żąda od / wykonawców wykazania się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia potwierdzającego w przedmiotowym zakresie. W świetle powyższego, oraz z uwagi na brak wprowadzenia modyfikacji zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu z 08.05.2017 r., Odwołujący ponownie wnosił o modyfikację powyższych postanowień, w sposób następujący:

Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia. Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże: że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, co najmniej dwa zamówienia (rozumiane w treści warunku jako umowa o zamówienie publiczne), o łącznej wartości nie mniejszej niż 2.000.000,-zł brutto, w ramach którego Wykonawca wykonał: a) Dostarczył licencje oraz wdrożył wraz z serwisem w całym zakresie funkcjonalności zintegrowany system informatyczny HIS obejmujący co najmniej moduły: izba przyjęć, ruch chorych, zlecenia, oddział, apteka, apteczka oddziałowa, gabinet lekarski, rozliczenia z NFZ, Statystyka Medyczna, e-usługi; b) przeprowadził szkolenie dla pracowników zamawiającego, w tym z zakresu administrowania ww. systemu informatycznego oraz z zakresu użytkowania przynajmniej ww. modułów; c) dostarczył sprzęt komputerowy oraz serwerowy.

9

W opinii Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na uwzględnieniu odwołania z 08.05.2017 r. w całości, a w dalszej kolejności modyfikację tylko i wyłącznie poszczególnych zapisów w sposób nieodpowiadający żądaniom Odwołującego było w pełni świadome, a może nawet wręcz celowe. Niniejsze najpewniej świadczy o ukierunkowaniu całego postępowania o udzielenie zamówienia na konkretnego wykonawcę, który spełniłby wymagania postawione przez Zamawiającego, a tym samym spełniałby warunki udziału w postępowaniu. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący podnosi, że Zamawiający sporządzając - a w dalszej kolejności „modyfikując” - warunki udziału w sposób opisany powyżej, dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji, określonej przepisem art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał również, że w złożonym wcześniej odwołaniu zażądał wykreślenia przedstawienia referencji w zakresie dostawy systemu w technologii Webowej, gdyż w jego opinii taki warunek jest nieuzasadniony i prowadzi do naruszenia zasady konkurencyjności wskazanej w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający dokonując modyfikacji treści SWIZ pominął żądanie Odwołującego i pozostawił go bez zmian.

Odwołujący podtrzymał stanowisko wskazane w odwołaniu z 08.05.2017 r., że w taki sposób "uszytego" doświadczenia, a tym samym - referencji, poza jedną spółką na rynku, tj. A. M. Sp. z o.o., żaden rynkowy konkurent nie posiada. Podkreślić należy, że w okresie trzech lat poprzedzających ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkurencja wdrażała systemy tylko częściowo wykorzystujące powyższą (Web'ową) technologię. Niniejsze oczywiście nie przeczy możliwości, iż obecnie konkurencja może oferować systemy w całości wykorzystujące technologię Web'ową, niemniej nikt (poza wspomnianą spółką A. M. Sp. z o.o., a uprzednio - T. V.), nie jest w stanie wykazać się historycznym doświadczeniem w tym zakresie. Odwołujący, w tym miejscu podkreśla, że okres trzech lat w dziedzinie technologii informatycznych stanowi bardzo długi okres czasu, w trakcie którego dochodzi do zdecydowanych zmian. Tak postawiony warunek, w opinii Odwołującego uniemożliwia zatem uczestnictwo tym podmiotom, które na dzień dzisiejszy posiadają rozwiązania Web'owe, natomiast nie posiadają referencji o takiej skali finansowej, w szczególności we wdrażaniu w sektorze publicznym, które mogłyby przedstawić w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego zapisy wskazane powyżej, w sposób bezpośredni wskazują wyraźnie na jednego wykonawcę, który oferuje system spełniający tak postawione warunki, tj. system obecnie dystrybuowany przez spółkę A. M. Sp. z o.o. a poprzednio M. O. T. V.. Działanie takie w konsekwencji narusza zasadę uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z powyżej wskazaną zasadą *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami*

10

proporcjonalności i przejrzystości. Mając na uwadze powyżej wskazana treść należy w pierwszej kolejności wyjaśnić, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania. Zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest stosowania takiej samej oceny w stosunku do wszystkich ubiegających się wykonawców. Zasada

określona w powyżej wskazanym przepisie, wprost wskazuje na zapewnienie wszystkim wykonawcom równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie. Przedmiotowa norma prawna w sposób bezsprzeczny nakazuje Zamawiającemu równe traktowanie wykonawców. W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje odnoszące się do opisu Przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Zasada równego traktowania wykonawców zabrania zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregośkolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregośkolwiek z wykonawców. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w orzeczeniu KIO z 12.09.2011 r., sygn. akt: KIO 1886/11, czy też w wyrok KIO z 22.05.2015 r., sygn. akt KIO 938/15, wyrok KIO z 13.05.2016 r., sygn. akt: KIO/KD 32/16. W odwołaniu z 08.05.2017 r. Odwołujący podniósł, że Zamawiający przyznaje dodatkowe punkty za zastosowanie bazy danych, systemu operacyjnego instalowanego na serwerze głównym i oprogramowania do wirtualizacji, które nie generują żadnych dodatkowych kosztów w okresie użytkowania. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga jednocześnie, żeby wykonawca dostarczył Przedmiot zamówienia a w dalszej kolejności sprawował serwis gwarancyjny i pogwarancyjny nad całością dostarczonego systemu, w tym nad systemem bazodanowym, *zapewnił dostępność do aktualizacji i nowych wersji producentów dostarczonego motoru baz danych. Okres wsparcia dla tego oprogramowania rozpoczyna się z dniem podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Przedmiotu Umowy i trwa do dnia wygaśnięcia gwarancji na dostarczony System ZSI.* Tym samym, z jednej strony Zamawiający w Przedmiocie zamówienia wymaga aby w okresie funkcjonowania systemu nie ponosił on żadnych dodatkowych kosztów związanych z dostarczonym rozwiązaniem, poza ceną ofertową, a jednocześnie z drugiej strony Zamawiający ocenia fakt (i przyznaje dodatkowe punkty), że część dostawy będzie rozwiązaniami które nie powodują dodatkowych kosztów w okresie eksploatacji. Odwołujący podnosi, że Zamawiający przyznaje również punkty za działania wykonawców, które dotyczą działań podejmowanych już po zakończeniu obowiązywania umowy na realizację umowy na wykonanie zamówienia publicznego. Powyższe postanowienia również nie zostały) zmodyfikowane zgodnie z żądaniem Odwołującego. z przepisami Działanie takie, w opinii Odwołującego jest niezgodne obowiązującymi

prawa. Z powyższych postanowień wynika, że Zamawiający przyznaje punkty za działania, które nie dotyczą bezpośrednio Przedmiotu umowy - działania powstające już po zakończeniu jej obowiązywania. Działanie to narusza fundamentalne zasady procedury udzielania zamówień publicznych - kryteria oceny ofert nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia. Wobec powyższej treści, zdaniem Odwołującego taki zapis w sposób bezpośredni pozwala stwierdzić, że Zamawiający faworyzuje systemy oparte na bezpłatnych platformach systemowych i bazodanowych (co generalnie jest dozwolone), przy czym faworyzowanie następuje za właściwości tych platform, które nie są związane z realizacją zamówienia publicznego, a tym samym - z przedmiotem zamówienia (co już nie jest dozwolone), a dodatkowo - za właściwości, które z uwagi na nieograniczoną przestrzeń czasową (po realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego) - niemożliwe do rzeczywistego ocenienia (Zamawiający nie ma najmniejszej gwarancji ani środków represji (jak np. kary umowne), że po okresie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, coś, co dziś jest bezpłatne, będzie bezpłatne w nieograniczonej w czasie przyszłości - a Zamawiający przyznaje za to dodatkowe punkty). Warto wskazać, że Zamawiający nie podał nawet w SIWZ, przez jaki okres będzie użytkował ZSI. Odwołujący, składając uprzednio odwołanie podniósł, że kryteria oceny ofert wskazane przez Zamawiającego muszą bezpośrednio dotyczyć Przedmiotu zamówienia, oraz czasu na jaki zawarta jest umowa. W świetle powyższego uzasadnienia, zdaniem Odwołującego nie można oceniać systemu i warunków eksploatacji w całym okresie użytkowania - pod ocenę należy wziąć jedynie okres trwania umowy, natomiast w trakcie trwania umowy wykonawcy zapewniają Zamawiającemu warunki, które podlegają ocenie przy składaniu oferty. Odmienne pojmowanie stanu rzeczy prowadzi do konkluzji, że kryteria oceny ofert mogą być oderwane od przedmiotu zamówienia, a deklaracje wykonawców na etapie składania ofert, z uwagi na brak możliwości ewentualnego dochodzenia roszczeń (po upływie okresu trwania umowy,

Zamawiający nie ma jakichkolwiek środków represyjnych względem wykonawcy, który - co ważniejsze - deklaruje nieodpłatność utrzymania systemu w ślad za deklaracją producenta, z którym Zamawiającego nie łączy już kompletnie jakikolwiek stosunek zobowiązaniowy), mogą być składane bez ryzyka poniesienia jakiegokolwiek odpowiedzialności w przyszłości. Przedmiotowe postanowienia SIWZ i oczekiwania Zamawiającego promują więc nie tyle najlepsze technologie czy najekonomiczniejsze rozwiązania, ile kompilację śmiałości oraz braku odpowiedzialności (de facto jednego) konkurenta, jakoby nie ująć tego wprost - promują cwaniactwo. Z takim prowadzeniem postępowania o zamówienie publiczne, realizowane ze środków społeczeństwa, Odwołujący nie może się zgodzić, czego wyrazem jest niniejsze (kolejne już) odwołanie. Odwołujący już wcześniej podkreślił, że powyższe postanowienie bezsprzecznie pozwala twierdzić, że postępowanie nakierowane jest na

12

konkretnego wykonawcę. Odwołujący po raz kolejny wskazuje, że podmiotem, który opiera wdrażany przez siebie system na teoretycznie "darmowych" platformach systemowych jest spółka A. M. Sp. z o.o. W opinii Odwołującego postawienie wyżej wskazanych warunków oraz brak ich modyfikacji, zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu z 08.05.2017 r. rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż uniemożliwia złożenia kompletnej oferty, a nadto - na wypadek, gdyby jednak konkurencji "udało" się złożyć ofertę - dzięki opisanym kryteriom, w istocie eliminuje oferty wykonawców, którzy są w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do drugiego i trzeciego zarzutu wskazanego przez Odwołującego, w pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający po raz kolejny modyfikując treść SIWZ nie uczynił tego zgodnie z żądaniami Odwołującego. Odwołujący ponownie podkreśla, że Zamawiający w zał. nr 5 do SIWZ *wymagania dotyczące prezentacji systemu* wskazał dwa systemy operacyjne oraz wskazał konkretny sprzęt komputerowy, na którym ma być dostarczona próbka, tj. *wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty komputer z przygotowaną próbką oferowanego systemu ZSI wraz ze środowiskiem bazodanowym i systemowym z systemem operacyjnym Linux, która pozwoli na weryfikację oferowanego przez danego Wykonawcę systemu ZSI w zakresie spełnienia funkcjonalności zadeklarowanych przez Wykonawcę. Dostarczona próbka będzie pełnić rolę serwera dla pojedynczego komputera podłączonego poprzez przełącznik sieciowy. Zamawiający zapewni dostarczenie środowiska sieciowego oraz komputera - stacji roboczej o parametrach: Procesor 13 4Gb dysk 500Gb Sata. Komputer będzie posiadał dwa zainstalowane systemy operacyjne: 1) Ubuntu 16.04, 2). Windows 7, oraz przeglądarki internetowe: Chrome 57, Firefox 52.0. Nie dopuszcza się instalacji na stacji roboczej żadnego dodatkowego oprogramowania przed prezentacją oraz w jej trakcie. Uruchomienie systemu ZSI musi być zrealizowane poprzez wskazanie w przeglądarce internetowej adresu internetowego/adresu próbki. Wszystkie prezentowane funkcjonalności podane w scenariuszu w zakresie części medycznej - musi być uruchomione poprzez przeglądarkę www. Natomiast dalej w wymaganiach w pkt 5 - żadna ze wskazanych funkcjonalności czyli pobranie i wyświetlenie danych nie może trwać dłużej niż w ciągu 6 sekund od momentu uruchomienia /nie dotyczy raportów/. Po jej uruchomieniu zezwala operatorowi na podjęcie dalszych działań poprzez wypełnianie, przeglądanie, uzupełnianie danych, lub przejście do następnych funkcjonalności. W przypadkach spornych czas ten będzie sprawdzany za pomocą stopera elektronicznego przy tolerancji +/-1 sekundę w celu wyeliminowaniu pomyłki związanej z zatrzymaniem stopera. Jeżeli czas ten będzie przekraczał 6 sekund próbka zostanie odrzucona jako nie spełniająca wymagań minimalnych, a prezentacja zakończona.*

W regulaminie prezentacji:

13

- w pkt 8 Zamawiający wskazał, że: *próbka zostanie udostępniona Wykonawcy z chwilą rozpoczęcia prezentacji. Wykonawca od chwili jej otrzymania musi rozpocząć prezentację w ciągu 40 minut. W przypadku niemożności rozpoczęcia prezentacji w ciągu 40 minut od chwili otrzymania próbki, zostanie ona odrzucona, a prezentacja zakończona,*
- w pkt 11; *w przypadku rozpoczęcia prezentacji później niż przewiduje niniejszy regulamin z winy leżącej po stronie Wykonawcy, Zamawiający nie przesunie terminu zakończenia*

prezentacji,

- w pkt 19: *Zamawiający ma prawo zażądać zmiany danych (parametrów) wprowadzonych do Systemu na inne, podane przez Zamawiającego, w celu wykluczenia ewentualnego zasymulowania danej funkcjonalności,*
- w pkt 20: *zadeklarowane przez Wykonawcę w ofercie funkcjonalności zostaną uznane za zgodne ze stanem faktycznym, jeżeli prezentacja wykaże, że oferowany system rzeczywiście posiada dane funkcjonalności,*
- w pkt 72-74: *72. oferowana baza danych nie może generować żadnych kosztów dla zamawiającego przez cały okres jej użytkowania. W tym czasie zamawiający posiada nieograniczone prawo do bezpłatnych upgradów bazy danych jak również do jej nowych wersji - Przedstawienie na próbie oferowanej bazy danych spełniającej ten punkt. Dokonana Zmiana, wprowadzana w aplikacji musi być widoczna w samej bazie danych w próbie. Zaprezentowania zmiany nazwiska pacjenta wskazanego przez komisje i pokazanie tego w bazie za pomocą narzędzia zewnętrznego raportującego lub zewnętrznego narzędzia administracyjnego; 73. oferowany system operacyjny instalowany na serwerze aplikacyjnym nie powoduje żadnych kosztów dla zamawiającego przez cały okres jego użytkowania. W tym czasie zamawiający posiada nieograniczone prawo do bezpłatnych upgradów systemu jak również do jego nowych wersji - przedstawienie na próbie systemu operacyjnego który spełnia ten punkt; 74. oferowane oprogramowanie do wirtualizacji nie powoduje żadnych kosztów dla zamawiającego przez cały okres jego użytkowania. W tym czasie zamawiający posiada nieograniczone prawo do bezpłatnych upgradów tego oprogramowania jak również do jego nowych wersji - przedstawienie na próbie systemu wirtualizacji który spełnia ten punkt.*

W świetle powyższego Odwołujący podkreślił, że w opisie procedury przygotowania próbki Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do dostarczenia próbki zainstalowanej na jednym z dwóch wskazanych systemów operacyjnych, tj. systemie Linux lub - bliźniaczym do Linux - Unix. Zdaniem Odwołującego na rynku funkcjonują inne sieciowe systemy operacyjne, które są równoważne do systemu Linux czy też Unix, które zapewniają odpowiedni poziom funkcjonalny i poziom bezpieczeństwa przechowywanych danych. Wskazanie powyższych systemów operacyjnych, zdaniem Odwołującego faworyzuje

14

jednego wykonawcę, podobnie jak wyżej już zostało to niejednokrotnie podkreślone, spółkę A. M. Sp. z o.o., która właśnie opiera oferowany przez siebie system na platformie Linux (jeden ze wskazanych wyżej systemów). Tak sformułowany przez Zamawiającego zapis w sposób oczywisty ogranicza możliwość zaoferowania konkurencyjnych, równoważnych rozwiązań opartych o inną technologię. Nadto, powyżej wskazany pkt 19 i 20 w opinii Odwołującego w sposób bezpośredni pozwalają uznać, że Zamawiający oczekuje od wykonawców przygotowania pełnego systemu na etapie prezentacji, co w opinii Odwołującego nieproporcjonalne. W opinii Odwołującego bez znaczenia jest w tym przypadku, że Zamawiający wymaga zaprezentowania jedynie wybranego zbioru wymogów funkcjonalnych wskazanych w scenariuszu prezentacji zamieszczonym w zał. nr 5 do SIWZ, gdyż przywołane powyżej przez Odwołującego postanowienie SIWZ nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że próbka ma zawierać system dający możliwość weryfikacji spełnienia funkcjonalności praktycznie gotowego do użytku systemu. Odwołujący podkreślił, że tak określone wymagania w stosunku do próbki, sprowadzające się w istocie do konieczności wykonania przez wykonawców wirtualnego wdrożenia zamawianego w postępowaniu systemu informatycznego już na etapie składania ofert, co jest zdecydowanie nadmierowe i w żaden sposób nie znajdujące poparcia w zasadzie proporcjonalności określonej w art. 7 ust 1 Pzp. Natomiast przesłanki te stanowią pryncypialne zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w powyżej wskazanym przepisie. Odwołujący stwierdza, że Zamawiający oczywiście może domagać się przedłożenia przez wykonawców próbki, jednakże analiza semantyczna tego słowa w sposób dobitny wskazuje, że próbka stanowi: część, wycinek, porcję czegoś, a nie całość. Zdaniem Odwołującego przedmiotowe zapis regulaminu prezentacji wydaje się nie tylko sprzeczny z logiką, ale również intencją ustawodawcy wyrażoną w treści Rozporządzenia.

W opinii Odwołującego, aby uniknąć odrzucenia oferty, wykonawca winien przygotować próbkę zawierającą funkcjonalności w istocie zrównane z gotowym systemem, będącym przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp *przedmiot zamówienia*

opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, natomiast ust. 2 wskazuje, że Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, ust. 3 określa, że Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu

15

zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Wskazał na wyrok KIO z 23.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1447/10. Mając powyższe na uwadze, wyjaśnił, że zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji - m. in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do Przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis Przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. Ważnym podkreślenia jest również postanowienie wskazane w pkt 5 wymagań dotyczących prezentacji, gdzie wskazano, że żadna ze wskazanych funkcjonalności czyli pobranie i wyświetlenie danych nie może trwać dłużej niż w ciągu 6 sekund od uruchomienia /nie dotyczy raportów/. W ocenie Odwołującego określenie czasu w sposób wskazany powyżej jest nieuzasadniony i niemający odzwierciedlenia w Przedmiocie zamówienia. Zdaniem Odwołującego spełnienie wymagania wskazanego przez Zamawiającego, czy też pokazanie posiadanych funkcjonalności może nastąpić w czasie reakcji np. 10 sekund. W świetle powyższego powstaje pytanie, dlaczego Zamawiający ograniczył czas reakcji do 6 sekund i z czego wynika ta - jak najeżałoby domniemać - rzeczywista potrzeba Zamawiającego? Odwołujący podkreśla również, że powyższy czas reakcji został wydłużony w porównaniu do pierwotnej treści SIWZ, natomiast wartość tolerancji błędów Zamawiający obniżył z 2 sekund do 1 sekundy. Powyżej wskazana modyfikacja nie wprowadziła więc zmian o jakie wnosił Odwołujący żądaniem w odwołaniu złożonym dnia 08.05.2017 r. W opinii Odwołującego opis przedmiotu zamówienia w wersji pierwotnej, jak również po modyfikacji dokonanej po uwzględnieniu przez Zamawiającego odwołania z 08.05.2017 r. w całości, utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji naruszał zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący ponownie podkreślił, że w wymaganiach dotyczących serwerów Zamawiający w tabeli opisującej parametry jakie musi spełniać serwer, w parametrze Certyfikaty żąda od wykonawców, aby dostarczony serwer znajdował się liście Windows

16

Server Catalog i posiadał status "Certified for Windows dla systemów Windows Server 2008 R2 x64, Microsoft Windows 2012". Przypomnieć należy, że przecież w wymaganiach dotyczących próbki Zamawiający wymusza na Wykonawcy - poprzez wskazanie konkretnego systemu operacyjnego - aby system ten działał na systemie Linux lub Unix. Nie wiadomo, co system, którego próbka ma działać na systemie Linux lub Unix, ma wspólnego z serwerem, który ma znajdować się na liście Windows Server Catalog i posiadać status "Certified for Windows dla systemów Windows Server 2008 R2 x64, Microsoft Windows 2012".

W opinii Odwołującego wymagania określone przez Zamawiającego w powyżej

wskazany sposób, w różnych miejscach wzajemnie się wykluczają oraz - co wymaga podkreślenia - nie mają logicznego oraz technicznego uzasadnienia. Powyższe potwierdza tylko zarzuty Odwołującego i wskazuje na niespójność autorstwa dokumentacji, a co za tym idzie - sugeruje współautorstwo osoby forsującej rozwiązania stosowane przez A. M. Sp. z o.o.

W zakresie funkcjonalnym oprogramowania - w wymaganiach obligatoryjnych - część medyczna, Odwołujący podkreśla, że zapisy z pkt 1, 4 i 17 wskazują na zastosowanie konkretnych rozwiązań technologicznych, które nie mają wpływu na wymagania funkcjonalne ZSI. W opinii Odwołującego zapisy dotyczące technologii ograniczają konkurencję i nie dopuszczają do udziału w postępowaniu dostawców, którzy dla swojego produktu wybrali inne platformy systemowe i inną technologię dostępu do aplikacji. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien w tym wypadku dopuścić rozwiązania równoważne technologicznie jednocześnie spełniające wymagania funkcjonalne ZSI. Odwołujący podkreśla, że w nie ma przedmiotowym postępowaniu żadnych argumentów merytorycznych, przemawiających za jednoznaczną wyższością dostępu do aplikacji za pomocą przeglądarki internetowej nad dostępem za pomocą usług terminalowych lub dedykowanej aplikacji, instalowanej na stacji roboczej. W opinii Odwołującego odnosząc się do wskazanych wyżej wymagań w zakresie integracji dostarczonego przez Wykonawcę systemu z posiadanym przez Zamawiającego systemem nie są na etapie składania ofert możliwe do zrealizowania. Zdaniem Odwołującego Przedmiot zamówienia, pomimo dokonanych modyfikacji, które nie odpowiadały żądaniom Odwołującego postawionym w odwołaniu z 08.05.2017 r., został określony w sposób nieprecyzyjny i niewyczerpujący, bowiem Zamawiający zamieszczając wymagania dotyczące integracji systemów, nie udostępnił niezbędnych informacji technicznych czy też dokumentacji technicznej w zakresie niezbędnym do przygotowania kompletnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty. Podkreślić należy, że pomimo najlepszych intencji Odwołującego, na podstawie opisu Przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ nie ma możliwości przygotowania oferty, tym bardziej zrealizować przedmiotowego zamówienia przy zachowaniu należytej staranności. Organizując procedurę otwartą i konkurencyjną

17

Zamawiający, stawiając wykonawcom wymagania, o których mowa powyżej wymaga wręcz niemożliwego, tj. wykonawca niemający szczegółowej wiedzy na temat systemu funkcjonującego u Zamawiającego (nie mający dokumentacji czy też szczegółowych danych technicznych) nie będzie w stanie wykonać integracji systemów, jak również rzetelnie oszacować jej zakresu i kosztów. Odwołujący podkreślił, że w procedurze otwartej, która obowiązuje przy przetargu nieograniczonym, przepisy Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek zapewnienia wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu jednakowego dostępu do informacji nt. warunków realizacji danego zamówienia. Jedynym źródłem opisu przedmiotu zamówienia powinna być dostępna dla wszystkich wykonawców SIWZ, w której znajdowałyby się wszystkie niezbędne informacje techniczne, które pozwoliłyby na złożenie ważnej oferty. Niedopuszczalne jest pozyskiwanie przez niektórych wykonawców informacji "po znajomości" czy "dogadywanie" się już po zawarciu. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach niejednokrotnie podkreślała, że nie należy opisywać przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim uczynił to Zamawiający, bez zapewnienia elementarnych informacji i danych zapewniających jego wykonanie m.in. orzeczenie KIO z dnia 12 lipca 2012 r. , sygn. akt: KIO/UZP 1274/10.

W świetle powyższego, Odwołujący ponownie wnosil o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wykonawcom wszelkich niezbędnych dokumentów, szczegółowych danych technicznych czy też dokumentacji niezbędnej do przeprowadzenia integracji systemów. Odwołujący poza powyżej wskazanymi zarzutami oraz szerokim uzasadnieniem ponownie pragnie zwrócić uwagę na opis przedmiotu zamówienia stanowiący zał. nr 1 do SIWZ, którego tożsamość z opisami przedmiotu zamówienia sporządzonymi przez inne podmioty jest zauważalna niemal w 95% (postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez Samodzielny Publiczny Zespół Zakład Opieki Zdrowotnej w W. - Załącznik nr 1 do SIWZ - DEZ/P/341/ZP- 26/2016 - zamówienie publiczne udzielone spółce A. M.I Sp. z o.o. oraz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Świat e-usług dla zdrowia - informatyzacja Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O. prowadzonego przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w O. - załącznik nr 3 do SIWZ, gdzie zamówienie publiczne zostało udzielone T. V. Sp. z o.o.). Odwołujący podkreśla również, że w dokumentacji z

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie w parametrach punktowanych kryterium oceny ofert również znajdował się zapis dotyczący 5 sekundowej reakcji systemu. W przedmiotowym postępowaniu została złożona jedna oferta przez spółkę A. M. Sp. z o.o. - spółce została powierzona realizacja przedmiotu zamówienia w szpitalu w O. Odwołujący (na marginesie) wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu była przeprowadzona kontrola Najwyższej Izby Kontroli (zwanej dalej: „NIK”), w której protokole stwierdzone zostało sporo niezgodności,

18

przede wszystkim NIK wskazał, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony pod konkretnego wykonawcę <https://www.nik.gov.pl/kontrole/S/15/001/LOL/>. Następnie Zamawiający wskazuje również podobieństwo scenariusza przeprowadzenia prezentacji do innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzone było przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w L., gdzie również realizacja zamówienia publicznego została powierzona spółce A. M. Sp. z o.o.

/w dalszej części odwołania Odwołujący na sześciu stronach przedstawił tabelarycznie tożsame elementy scenariusza Zamawiającego oraz SP ZOZ w L./

Zdaniem Odwołującego, który dokonał analizy dokumentacji z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, z całą pewnością pozwala stwierdzić, że dokumentacja sporządzona przez Zamawiającego jest w wysokim stopniu zbliżona do treści dokumentacji innych podmiotów, gdzie wybranym do realizacji zamówień publicznych wykonawcą jest spółka A. M. Sp. z o.o. W opinii Odwołującego opis przedmiotu Zamówienia został sporządzony w sposób zaburzający zasadę uczciwej konkurencji, co więcej sposób sporządzenia poszczególnych wymagań SIWZ, czy też ich brak - jak wynika z powyższego uzasadnienia, w sposób jednoznaczny pozwala przesądzić, że Zamawiający swoje postępowanie o udzielenie zamówienia ukierunkował na jednego wykonawcę, którym jest spółka A. M. Sp. z o.o. Jak już wyżej zostało wskazane, faworyzowanie jednego wykonawcy działanie takie stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Reasumując zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa działanie Zamawiającego jest sprzeczne z Pzp. Odwołujący zwrócił również uwagę na błędy znajdujące się w SIWZ, Zamawiający dokonując modyfikacji treści SIWZ zmieniając zapis dotyczący wartości wykonanych usług zmienił jedynie zapis SIWZ - zmiana nie została uwzględniona w formularzu JEDZ - gdzie wartość pozostała bez zmian tj. 2 000 000 mln złotych. Należy również zwrócić uwagę na zapisu Umowy, stanowiącej załącznik nr 2a do SIWZ. W § 9 umowy wskazane są kary umowne, które w opinii Odwołującego są określone w sposób wygórowany. Kary umowne wskazane w umowie powinny być adekwatne do Przedmiotu umowy, co więcej nie mogą stanowić formy kolejnego wynagrodzenia Zamawiającego. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez SA w Szczecinie w orzeczeniu z 20.11.2014 r., sygn. akt I ACa 838/14. Reasumując, Odwołujący wskazał, w związku ze złożonym dnia 08.05.2017 r. odwołaniem na postanowienia SIWZ, Zamawiający "uwzględniając w całości" wniesione odwołanie, nie dochował nałożonego na niego obowiązku wynikającego wprost z przepisu art. 186 ust. 2 zd. drugie Pzp. W świetle powyżej wskazanej treści przepisu, Zamawiający powinien dokonać modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego. Odwołujący dokonując analizy pierwotnej treści SIWZ, z treścią po modyfikacji w sposób jednoznaczny może stwierdzić, że Zamawiający nie uczynił zadość wyżej wskazanemu obowiązkowi, mianowicie kryteria oceny

19

ofert pozostały (w zasadzie) bez zmian w stosunku do wersji pierwotnej - pomimo, że Odwołujący dosyć szeroko omówił oraz wskazał liczne argumenty przemawiające za dokonaniem zmiany zgodnie z jego żądaniem. Zamawiający dodał zapis wskazujący, że system musi działać na jednej z przeglądarek chrom, do wymogu dotyczącego Web. Zamawiający dodał również statystykę medyczną - co zdaniem Odwołującego rozszerza zakres pierwotnej treści SIWZ. Odwołujący podkreśla również, że pomimo zmiany dotyczącej czasu reakcji, który został zmieniony na 6 sekund, w związku ze skróceniem tolerancji błędu z 2 sekund do 1 sekundy, czas reakcji pozostał w istocie bez zmian. Konkludując, w opinii Odwołującego pomimo modyfikacji poszczególnych zapisów SIWZ, zmianie nie uległy wszystkie wskazane w odwołaniu postanowienia. Zamawiający uwzględniając odwołanie w

całości oraz modyfikując treść SIWZ, jednocześnie nie odniósł się do wszystkich wskazanych żądań Odwołującego, które w jego opinii spowodowałyby działanie zgodnie z przepisami Pzp. W przedmiotowym brzmieniu treść SIWZ w sposób oczywisty narusza przepisy ustawy. Wyłącznie z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi, że gdyby przyjął - w zakresie zmienionych postanowień SIWZ - za właściwą konieczność złożenia odwołania na czynność zmodyfikowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ w oderwaniu od żądań z odwołania z 08.05.2017 r., to niniejsze odwołanie należy traktować również w ten sposób, tzn. jako odwołanie od czynności opisaną (po modyfikacji) postanowień SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu, przy czym żądania pozostają takie jak w treści uzasadnienia powyżej.

Zamawiający w dniu 09.06.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpień nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu, biorąc pod uwagę w szczególności, że odwołanie dotyczy postanowień SIWZ

20

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, zał. Nr 1 OPZ, zał. Nr 2 – Wzór Umowy, zał. Nr 5 – Wymagania dotyczące prezentacji systemu, odwołania z 08.05.2017 r., modyfikacji SIWZ i ogłoszenia z 15.05.2017 r., uwzględnienia z 22.05.2017 r., modyfikacji SIWZ i ogłoszenia z 30.05.2017 r., modyfikacji ogłoszenia z 30.05.2017 r., wyjaśnienia treści SIWZ z 01.06.2017 r. oraz modyfikacji SIWZ i ogłoszenia z 12.06.2017 r.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego założone na rozprawie przez Zamawiającego:

- 1) wydruk ze specyfikacji Instytutu Matki i Dziecka (z 28.10.2016 r.) oraz ze specyfikacji Szpitala w M. (z 24.03.2017 r.);
- 2) wydruk ze strony internetowej C. oraz M.;
- 3) wyciąg z wystąpienia pokontrolnego odnośnie zamawiającego z O. wraz z informacją ze strony internetowej;
- 4) ogłoszenie o udzielenie zamówienia zamawiającego z Lipska;
- 5) dokument z W. (informacja o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej z 14.04.2017 r.), iż w tych postępowaniach złożono dwie oferty;
- 6) wydruk co do podmiotu T. co do tego, że firmą ta była niezależną od A. M.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, podpowiedź na odwołanie zawierające m.in. uwzględnienie częściowe, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w części zarzutów, w innej części zarzuty są zasadne.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez zmodyfikowanie SIWZ w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w odwołaniu S. z 08.05.2017 r., które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości, przez co Zamawiający dopuścił się zaniechania wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu z 08.05.2017 r., co spowodowało, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nadal są określone przez

2. art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia - poprzez zmodyfikowanie SIWZ w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w odwołaniu S. z 08.05.2017 r., które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości, przez co Zamawiający dopuścił się zaniechania wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu z 08.05.2017 r., co spowodowało, że w dokumentacji postępowania nadal wskazany jest konkretny system operacyjny, a Zamawiający nadal wymaga dostarczenia próbki w konkretnym sprzęcie komputerowym;

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 2 pkt 1) i 6), a także art. 186 ust. 2 Pzp poprzez zmodyfikowanie SIWZ w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w odwołaniu S. z 08.05.2017 r., które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości, przez co Zamawiający dopuścił się zaniechania wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu z 08.05.2017 r., co spowodowało, że opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert są nadal sporządzone przez Zamawiającego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, utrudniający uczciwa konkurencie, oraz nieprecyzyjnie.

Jednocześnie Izba kierowała się kolejnością, numeracją oraz istotą zarzutów szczegółowych zawartą w odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego na posiedzeniu, a potwierdzoną na posiedzeniu złożonym stosownym oświadczeniem przez Odwołującego. Niniejsze Izba dodatkowo przywołuje poniżej w ustaleniach, tak zarzuty szczegółowe, jak i stanowisko Odwołującego co do nich złożone na posiedzeniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Istotne są modyfikacje SIWZ i ogłoszenia z 15.05.2017 r., a zwłaszcza modyfikacja SIWZ i ogłoszenia z 30.05.2017 r. (przekazanego 31.05.2017 r.), także w zakresie warunków umowy modyfikacja ogłoszenia z 30.05.2017 r., czy też wyjaśnienia treści SIWZ z 01.06.2017 r. oraz modyfikacja SIWZ i ogłoszenia z 12.06.2017 r., co do przesunięcia terminu składnia ofert.

W ramach złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził. (1) Względem zarzut modyfikacji SIWZ w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w odwołaniu S. z 08.05.2017 r. Modyfikacja treści warunku udziału w Postępowaniu w sposób jaki żąda Odwołujący mogłaby doprowadzić do nieuprawnionego faworyzowania Odwołującego. S. wnosi bowiem o wykreślenie wymogu w zakresie wykonania 1 webowego systemu informatycznego HIS na rzecz wykonania 2 systemów. Tym samym, intencją Odwołującego jest z jednej strony

ograniczenie Zamawiającemu możliwości weryfikacji zdolności wykonawców do wykonania przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym ograniczeniu ilości wykonawców, którzy będą mogli złożyć oferty w postępowaniu z uwagi na wymóg złożenia 2 listów referencyjnych. Postępowanie ma wartość ponad 3.000.000,00 zł, więc warunek przedstawienia 2 listów referencyjnych stanowiłby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odnosząc się do wymogu rzekomego preferowania jednego z wykonawców, Zamawiający wskazuje, że wdrożenie webowego systemu informatycznego w okresie ostatnich 3 lat według jego najlepszej wiedzy nie zostało dokonane wyłącznie przez A. M. Sp. z o.o., a wcześniej T. V., lecz także innych wykonawców takich jak C. M. P. S.A., C. S.A. czy A. S.A. Tym samym, rozwiązania webowe posiada wielu wykonawców występujących na rynku, jednocześnie podkreślenia wymaga, że tylko Odwołujący stawia zarzut braku stosownego doświadczenia. Fakt, że S. może nie posiadać określonego doświadczenia nie przesądza, że postawiony warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny. Dodatkowo Odwołujący ma możliwość posiłkowania się w tym zakresie wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu czy też może ubiegać się o udzielenie zamówienia w postępowaniu w konsorcjum. Zamawiający jednocześnie wyjaśnił, że dokonał modyfikacji warunku udziału w postępowaniu obniżając istotnie pierwotne wymagania poprzez:

- a) usunięcie realizacji prac na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- b) obniżenie wartości zrealizowanych prac z 2.000.000 zł na 1.900.000 zł,
- c) wyłączenie konieczności wykonania modułu Statystyka Medyczna w wersji webowej,

Dodatkowo uwzględniając żądania odwołania Zamawiający dopisał podwarunek dostarczenia portalu pacjenta z e-usługami w zakresie e-zdrowia, co zwiększa możliwość posiadania odpowiedniego doświadczenia. Niezależnie od powyższego, podkreślił, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie systemu w aplikacji webowej. Tym samym postawiony warunek udziału w postępowaniu jest związany z przedmiotem zamówienia i adekwatny do niego. Zamawiający musi zweryfikować czy podmiot, któremu chce powierzyć wykonanie zamówienia posiada doświadczenie w wykonaniu tego rodzaju zamówienia.

Odnosząc zarzut (2), że Zamawiający punktując dodatkowe kryteria oceny ofert w zakresie funkcjonalności dodatkowych odnosi się do kryterium kosztu. Zamawiający wskazuje, że po ostatniej dużej nowelizacji Pzp z 2016 r. może on jako kryteria oceny ofert stosować kryterium kosztu rozumianego jako koszt użytkownika nabywanych produktów. W taki też sposób Zamawiający dokonał dostosowania tego dodatkowego kryterium. Kryterium kosztu stosownie do treści art. 91 ust. 3b Pzp można określić z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia. Zgodnie z art. 91 ust. 3c pkt 1b kryterium oceny ofert może być „3c. *Rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:*

23

1) *poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z: b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,*” Celem Zamawiającego jest zakup rozwiązań, które będą odpowiadać jego uzasadnionym potrzebom, a jednocześnie których zakup nie będzie się wiązać się w przyszłości z koniecznością ponoszenia dodatkowych niczym nieuzasadnionych kosztów.

Odnosząc zarzut (3), że Zamawiający zobowiązuje do wykonania próbki na jednym z dwóch wskazanych systemów operacyjnych - Linux lub Unix. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający dopuszcza możliwość dwóch alternatywnych systemów, a zatem wykonawcom nie zostało zarzucone jedno rozwiązanie. Wobec czego nie można w tym przypadku mówić o naruszeniu art. 7 czy art. 29 Pzp. Zamawiający jednocześnie wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom S. system w oparciu o platformę Linux czy Unix oferuje nie tylko A. M. Sp. z o.o., a wcześniej T. V., lecz także inni wykonawcy tacy jak C. M. P. S.A., C. S.A. czy A. S.A.

Odnosząc zarzut (4), co do wymóg, że pobranie i wyświetlanie danych nie może trwać dłużej niż w ciągu 6 sekund. Zamawiający wyjaśnia, że uwzględniając odwołanie S. z 08.05.2017 r. dokonał wydłużenia czasu reakcji z 5 do 6 s. Jednocześnie skrócenie okresu tolerancji pozostaje bez wpływu na czas reakcji, który został wydłużony. Zamawiający wykonał żądanie odwołania S. w tym zakresie, zatem zarzut w tym zakresie jest wniesiony po terminie i nie powinien podlegać rozpatrzeniu. Z ostrożności procesowej, Zamawiający wskazuje, że czas reakcji 5 sekund to standard w branży informatycznej, więc jego wydłużenie do 6 sekund zgodnie z żądaniem S. z odwołania z 08.05.2017 r. jest działaniem na korzyść wykonawców. Dodatkowo wydłużanie obecnie czasu reakcji do 10 sekund niekorzystnie wpłynęłoby na prowadzenie bieżącej działalności Zamawiającego. Zamawiający prowadzi zespół placówek, gdzie jest blisko 700 pacjentów. Wydłużenie czasu reakcji o prawie 70% jak oczekuje tego Odwołujący skutkowałoby znacznym spowolnieniem bieżącej działalności Zamawiającego i uniemożliwiło osiągnięcie celu, któremu ma służyć Postępowanie tj. ulepszenia i przyspieszenia bieżącej działalności Zamawiającego.

Odnosząc zarzut (5), że postawiony wymóg by dostarczony serwer znajdował się na liście Windows Server Catalog i posiadał status „Certified for Windows dla systemów Windows Server 2008 R2 x64, Microsoft Windows 2012” był niczym nieuzasadniony. Zamawiający wyjaśnił, że postawione wymaganie jest standardowym wymaganiem dla serwerów, które większość z nich spełnia. Tym samym, brak jest podstaw do uznania, że postawiony wymóg jest nadmierny. Bez znaczenia jest tutaj fakt, że oferowany system operacyjny ma działać na systemie Linux lub Unix. Zamawiający traktuje zarzut S. jako nieznajdujący oparcia w faktach, ale z uwagi na dobro prowadzonego postępowania uwzględni i usunie wymóg by dostarczony serwer znajdował się na liście Windows Server

24

Catalog i posiadał status „*Certified for Windows dla systemów Windows Server 2008 R2 x64, Microsoft Windows 2012*”.

Względem zarzutu (6), że Zamawiający nie ma żadnych argumentów na rzecz dostępu do aplikacji za pomocą przeglądarki internetowej nad dostępem za pomocą usług terminalowych lub dedykowanej aplikacji, instalowanej na stacji roboczej. Zamawiający wyjaśnia, że celem postępowania jest zakup rozwiązań umożliwiającego dostęp do aplikacji z wielu miejsc, a nie zainstalowanego na określonym komputerze. Rozwiązanie webowe jest rozwiązaniem najnowocześniejszym, natomiast rozwiązanie desktopowe nie jest rozwiązaniem równoważnym. Oba rozwiązania różni sposób dostępu do danych, który w przypadku rozwiązania webowego możliwy jest zdalnie, niekoniecznie w siedzibie Zamawiającego. Zamawiający wskazuje, że przedmiot zamówienia realizowany będzie w 3 placówkach pomiędzy którymi pracownicy Zamawiającego często przemieszczają się. Ponadto, specyfika działalności prowadzonej przez Zamawiającego wiąże się z tym, że zatrudnieni u niego lekarze pracują najczęściej w kilku placówkach, więc muszą mieć zdalny dostęp do danych pacjentów, w szczególności gdy chcą przypomnieć sobie stan pacjenta czy zaktualizować dane pacjenta. Pielęgniarki pracujące u Zamawiającego również muszą mieć zdalny dostęp do systemu w celu możliwości przygotowania różnego rodzaju raportów czy zestawień. Co istotne system ma umożliwiać rodzinom pacjenta zapoznanie się ze stanem zdrowia. Aplikacja desktopowa, o której dopuszczenie walczy S. jest aplikacją uniemożliwiającą spełnienie tego wymogu. Dlatego Zamawiający nie może zezwolić na dopuszczenie aplikacji desktopowej. Zamawiający wyjaśnia, że Pzp w żadnym miejscu nie nakazuje SCOL zakupu wszystkich oferowanych na rynku rozwiązań. Postępowanie ma bowiem jak najlepiej zabezpieczyć potrzeby Zamawiającego, a nie dopuścić wszystkie rozwiązania dostępne na rynku jak chce tego Odwołujący. Istota zamówień publicznych polega na tym, że stanowią one pewne ramy instytucjonalne dla zamawiających i w założeniach mają ich wspomagać w procedurach zakupowych. Podkreślić należy, że to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania. To Zamawiający najlepiej zna swoje potrzeby, których urzeczywistnieniu ma służyć udzielenie Zamówienia. Rolą wykonawców w żadnym wypadku nie jest wyręczenie Zamawiającego (na żadnym etapie postępowania) i narzucanie mu określonych, sprzecznych z potrzebami Zamawiającego, rozwiązań. Stanowisko to potwierdziła KIO w wyroku z 11.03.2013 r., sygn. akt: KIO/UZP 416/13, zgodnie z którym (podkreślenia własne Zamawiającego): „*Zamawiający jest uprawniony do takiego opisania przedmiotu zamówienia, który umożliwia mu dokonanie zakupu jak najnowocześniejszych urządzeń. (...)*”. Ponadto, co do możliwości kształtowania opisu przedmiotu zamówienia

25

z uwzględnieniem potrzeb zamawiającego wypowiedziało się również KIO w wyroku z 15.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2588/10.

Odnośnie zarzutu (7) braku udostępnienia wykonawcom informacji technicznych i dokumentacji technicznej dotyczących integracji systemów. Zamawiający traktuje zarzut S. jako nieznajdujący oparcia w faktach, ale z uwagi na dobro prowadzonego postępowania uwzględni zarzut i udostępni wykonawcom niezbędne informacje techniczne i dokumentację techniczną do przygotowania oferty.

Względem zarzutu (8) - wzoru umowy, tzn. § 9 jako zawierającego kary umowne, których wysokość została określona w sposób wygórowany. W ocenie Zamawiającego zarzut ten nie został skutecznie postawiony i w związku z tym nie powinien zostać rozpatrywany przez Izbę. Odwołujący poza stwierdzeniem, że kary umowne są wygórowane nie przedstawił uzasadnienia faktycznego w czym przejawia się ich wygórowanie. Wobec czego, Odwołujący nie postawił skutecznie zarzutu. Przywołał wyrok KIO z 20.02.2015 r., sygn. akt: KIO 242/15 oraz wyrok KIO z 12.02.2014 r., sygn. akt: KIO 140/14.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie iż stanowisko Zamawiającego, co do faktycznych zarzutów zawartych w odwołaniu, przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, jest pełne i nie został ominięty żaden z zarzutów. Dodatkowo Odwołujący oświadczył, iż krytyczne dla niego są następujące zarzuty, używając numeracji przyjętej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, zarzut 1, zarzut 3 i zarzut 6. W pozostałych zarzutach może rozważyć wycofanie, jednakże uzależnia to od stanowiska Zamawiającego odnośnie tych trzech krytycznych dla niego zarzutów. Zamawiający w odpowiedzi oświadcza, że nie ma możliwości uwzględnienia

odwołania w zakresie zarzutu 1, 3 i 6. W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty nieuwzględnione.

Izba odnie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów w zakresie podtrzymanym na posiedzeniu przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Względem kwestii niewykonania uwzględnienia w całości poprzedniego odwołania, czyli naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp. Izba w pierwszej kolejności podnosi, że uwzględnienie zarzutów nie może prowadzić do czynności niezgodnych z przepisami Pzp. Na powyższe wskazuje w drugim zdaniu cytowanego poniżej fragmentu wyrok KIO z 22.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1159/16; KIO 1174/16: *"Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór oferty (wykonawcy) dokonany prawidłowo,*

26

podobnie prawidłowe powinny być pozostałe czynności w postępowaniu, a postępowanie odwoławcze ma tę prawidłowość zapewnić - niezgodne więc z tym

się przez założeniem byłoby przyczynianie postępowanie odwoławcze do błędnego (niezgodnego z czy tym prawem) wyniku postępowania przetargowego, bardziej jego bezpośrednio powodowanie. Tym samym w praktyce toleruje się postąpienie zamawiającego niezgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p., jeśli jego czynność jest poprawna w świetle przepisów "merytorycznych", tj. dotyczących samej procedury udzielania zamówienia, czyli, gdy dokonał on prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawnego oceny (lub też poprawnego odrzucenia, wykluczenia, poprawnej poprawnie ich nie dokonał)". Podobnie w wyroku KIO z 01.08.2016 r., sygn. akt: 1296/16, KIO 1323/16: *"Uwzględnienie zarzutów odwołania nie może prowadzić do dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnej z prawem lub postanowieniami SWIZ."*

Jednocześnie Izba potwierdza, za orzecznictwem, że przepis ten (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp) sam w sobie nie jest podstawą do uwzględnienia odwołania, ale ponownego podnoszenia tego dają podstawę do ewentualnego samego zarzutu, celem jego rozpoznania na rozprawie. Przykładowo, wyrok KIO z 11.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2313/13: *"Izba nie ma możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże niezależnie od treści zatem Izbę, zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie może - co do zasady - stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia ponownego odwołania. Jest to sui generis przepis proceduralny, związany z umorzeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez niezależny organ orzekający, a nie przepis materialny ustawy pzp regulujący stricte czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza zatem o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania innych zawartych w nim zarzutów. Dopuszczenie możliwości postąpienia niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym poprzednio odwołaniu wynika z tego, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp."* Podobnie w wyroku KIO z 05.11. 2013 r., sygn. akt: KIO 2480/13: *"Niewykonanie czynności związanych z żądaniem uwzględnionego przez zamawiającego odwołania wiąże się dla zamawiającego z jednym negatywnym skutkiem - możliwością przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej bowiem sytuacji*

27

czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności

z w odwołaniu, zamawiającego są sprzeczne żądaniem zawartym uwzględnionym

składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego." oraz w wyroku KIO z 03.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2241/15: "Izba uznała w świetle prezentowanego w dalszej części stanowiska, iż naruszenie przepisu proceduralnego nie wpływa na ocenę poprawności czynności oceny wniosków. Rzeczywiście przy obecnym przepisów, w całości zarzutów kształcie przypadku uwzględnienia w podniesionych w odwołaniu, zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu. Nie wypełnienie tego obowiązku ma jedynie ten skutek, iż wykonawca może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów."

W konsekwencji Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego z rozprawy, że sprawa nie powinna być procedowana merytorycznie, a jedynie winno zostać ustalone, czy dokonana modyfikacja SIWZ była zgodna z żądaniami Odwołującego.

Odnosnie zaś pozostałych zarzutów, Izba stwierdził co następuje:

Zamawiający uwzględnił w odpowiedzi na odwołanie w ramach uwzględnienia częściowego część zarzutów i związanych z nimi wniosków o zmianę postanowień SIWZ, a w postępowaniu nie było Przystępującego po stronie Zamawiającego – art. 186 ust. 3a, 4 i 4a Pzp. W konsekwencji w zakresie zarzutów, które zostały zidentyfikowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jako zarzut 5 – co do wymogu aby dostarczony serwer znajdował się liście Windows Server Catalog i posiadał status "Certified for Windows dla systemów Windows Server 2008 R2 x64. Microsoft Windows 2012" – Zamawiający zobowiązał się do usunięcia, czyli wykreślenia tego wymogu, jak i w zarzutu 7 – w zakresie braku udostępnienia wykonawcom wszelkich niezbędnych dokumentów, szczegółowych danych technicznych czy też dokumentacji niezbędnej do przeprowadzenia integracji systemów – Zamawiający zobowiązał się do udostępnienia wszelkich niezbędnych dokumentów.

W konsekwencji wobec uwzględnienia w tym zakresie zarzutów odwołania przez Zamawiającego i zobowiązania się do działania zgodnie z wnioskami Odwołującego, jak

i wobec braku Przystępującego po stronie Zamawiającego, Izba umorzyła postępowania w tym zakresie, jak w sentencji.

Względem zarzutu (1) dotyczącego wymogu z Rozdz. 3 pkt 1 SIWZ i nakazanej w tym zakresie zmiany w ramach sentencji, jak i dostosowanie w konsekwencji Rozdz. 4 pkt 6 SIWZ oraz analogicznej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, Izba uwzględniła zarzut.

Względem zarzutu (6) dotyczącego w zakresie funkcjonalnym oprogramowania - w wymaganiach obligatoryjnych - część medyczna, pkt 1, 4 i 17 załącznik nr 1 do SIWZ i nakazanej w tym zakresie zmiany w ramach sentencji - wykreślenia sformułowań wskazujących na technologie opartą na aplikacji webowej lub poprzez dopuszczenie także technologii opartej na aplikacji desktopowej, Izba uwzględniła zarzut.

W tym wypadku, Izba odniesie się do obu zarzutów łącznie jako kluczowych, a zarazem zgadzając się ze stanowiskiem de facto obu stron, że wymóg dotyczących wiedzy i doświadczenia winien być adekwatny do opisu przedmiotu zamówienia.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem aktualnym nadal po nowelizacji ustawy z dnia 28 lipca 2016 roku, że: "(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom" (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: "Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne" (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14). Izba

przy czym podkreśla, że każdorazowo wykazać Zamawiający musi potrafić swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SIWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Należy przywołać za orzecnictwem: „Izba wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie, (...) na kwestie: "uzasadnionych potrzeb Zamawiającego" (przykładowo wyrok KIO z dnia 05.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1307/11, wyrok KIO z dnia 12.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1360/12), czy też "obiektywnych okoliczności" (za wyrokiem z dnia 08.07.2011 r., sygn. akt: 1344/11), Podobnie, w uchwale KIO z dnia 27.09.2012 r., sygn. akt: KIO/KD 80/12. Jednocześnie, w tym miejscu zasadnym jest wskazanie, za orzecnictwem przykładowo wyrok KIO z dnia 17.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2121/11, iż: "Izba zauważa, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6

29

k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07)." Jednakże, w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp Izba stwierdza za orzecnictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: *"przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu"*. (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r.. sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji zgodzić, należy się ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (za wyrokiem KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11). Jednakowoż, w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne (...) będące przedmiotem sporu (w tym zakresie istnieje powszechna praktyka ustanawiania takich osób pełnomocnikami Zamawiającego, z uwagi na ekonomikę postępowania odwoławczego, tak również w przedmiotowym wypadku). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją. Jest to o tyle istotne, że: *"W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych."* (wyrok KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11), o ile Zamawiający swoje potrzeby uzasadni (podobnie w wyroku z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12)" (za wyrokiem

30

KIO z 12.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2630/12, czy też za wyrokiem z 19.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2280/16).

Izba uznała, że Zamawiający nie był w stanie przedstawić w sposób spójny i wiarygodny swoich potrzeb co przesadziło o uwzględnieniu odwołania i zarzutów w tym wypadku, jak i dwóch kolejnych. Nie można przeczyć co także wynikało ze złożonych dowodów przez Zamawiającego, że inni Zamawiający prowadzili określone postępowania w zakresie technologii webowej, ani też że istnieją na rynku podmioty które są w stanie

złożyć ofertę w postępowaniu w tej technologii. Przy czym, kwestia czy będzie to jedna oferta czy też będzie ich więcej jest elementem ważnym, ale nie przesadzającym. W ocenie Izby, to potrzeby Zamawiającego decydują tak o opisie przedmiotu zamówienia i sformułowanych wymogach w zakresie doświadczenia. Nadto, Zamawiający nie był w stanie wykazać charakteru tej technologii desktopowej, jako nowocześniejszej niż technologia webowa. W tym zakresie argumentacja Odwołującego, de facto sprowadziła argumentację Zamawiającego z rozprawy do wniosków odwrotnych od zakładanych, że obie technologie są porównywalne i że obie są w stanie sprostać potrzebom Zamawiającego wyrażonym na rozprawie oraz odpowiedzi na odwołanie. W takiej sytuacji, gdy Zamawiający dąży do zachowania określonych postanowień SIWZ musi być w stanie wykazać zasadności takiego działania – w tym wypadku na bazie swoich uzasadnionych potrzeb, co w tym stanie faktycznym nie miało miejsca.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu (2) dotyczącego - kryterium 4 funkcjonalności punktowane (Rozdz. 12 SIWZ) i nakazanej w tym zakresie zmiany w ramach sentencji, Izba uwzględniła zarzut. W aktualnej postaci kryterium, z uwagi na brak ram czasowych użytkowania systemu, czy to maksymalnego /granicznego/ eksploatacji, czy też poprzez wskazanie czasowego przedziału (tj. maksymalnej ilości miesięcy użytkowania założonych przez Zamawiającego) przez który oferowana baza danych/oferowany system operacyjny instalowany na serwerze/oferowane oprogramowanie do wirtualizacji nie mogą generować żadnych dodatkowych kosztów dla zamawiającego, czy też w zależności od przyjętych różnych przedziałów w tym zakresie dokonywanie gradacji punktowej, jest nie do przyjęcia. W ocenie Izby, brak ram czasowych może doprowadzić do wypaczeń w toku oceny i punktacji złożonych ofert. Nadto, może rodzić problemy co do zbilansowania ekonomicznego złożonej oferty.

Względem zarzutu (3) dotyczącego wymagania związanego z prezentacji systemu – załącznik nr 5 do SIWZ (str. 1 z 14) odnośnie opisu procedury przygotowania próbki i nakazanej w tym zakresie zmiany - wykreślenia wskazania: „(...)Linus lub Unix (...)”, Izba uwzględniła zarzut.

31

W tym wypadku, Izba wobec braku uzasadnienia dla wykluczenia płatnych systemów operacyjnych przez Zamawiającego, także systemu Windows (nota bene użytkowanego aktualnie przez Zamawiającego) nakazała stosowną zmianę. Izba wzięła pod uwagę stanowisko Odwołującego, co do możliwości zaoferowania próbki z wykorzystaniem systemu płatnego i kalkulowania kosztu z tym związanego w cenę oferty uznając je za adekwatne do całego rynku informatycznego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu (4) co do wymogu aby pobranie i wyświetlenie danych nie mogło trwać dłużej niż w ciągu 6 sekund oraz co do zarzutu (8) względem postanowień § 9 wzoru umowy, jako zawierającego kary umowne, których wysokość została określona w sposób wygórowany – Izba uznała zarzuty Odwołującego w tym zakresie, za chybione i podlegające oddaleniu.

W pierwszym wypadku, w ocenie Izby, ten zarzut został co do zasady spełniony przez Zamawiającego w ramach zaskarżonych czynności. Należy podkreślić, że Odwołujący wnosił generalnie o wydłużenie czasu reakcji, wskazany wymóg był ówczynie przykładowy (str. 15 odwołania z 08.05.2017 r.), jak w aktualnym odwołaniu (str. 15 -16). Jednocześnie, wymóg w ramach przykładu został zwiększony. Z uwagi na wydłużenie tego czasu zgodnie z pierwotnym przykładowym żądaniem, jego ponowne podnoszenie jest nieuzasadnione. W rezultacie, Izba uznała że zaistniały podstawy do jego oddalenia.

W drugim wypadku, w ocenie Izby, Odwołujący nie wskazał uzasadnienia faktycznego niniejszego zarzutu, jednakże nie wykazał Odwołujący ani w odwołaniu, ani tym bardziej na rozprawie zasadności swoich twierdzeń. W żaden sposób nie skonkretyzował na czym opiera swoje twierdzenia, że kary umowne są w tym postępowaniu wygórowane. Izba w konsekwencji uznała niniejsze twierdzenia w tym zakresie za gołosłowne, stąd oddalenia zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba

orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2-6 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 7 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze

32

merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Z kolei, jak wynika z art. 186 ust. 6 pkt 4 Pzp, koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 4a, ponosi:

- a) odwołujący, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało oddalone przez Izbę,
- b) zamawiający, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało uwzględnione przez Izbę.

W analizowanej sprawie, jak wynika z pkt 3-6 sentencji, w zakresie zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił, zostały one oddalone. Wypełniona została zatem dyspozycja przepisu art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. b Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

33