Sygn. akt KIO 2257/16

WYROK

z dnia 9 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Izabela Kuciak
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie **7 grudnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **29 listopada 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
przez wykonawcę: **Medhub sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wynajmem Zintegrowanego Systemu Informatycznego dla potrzeb SPZOZ w Kole* (nr postępowania SPZOZ.SZP.PN.240.16.2016)
prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Kole**
przy udziale wykonawcy: **SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Medhub sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

---

Sygn. akt KIO 2257/16

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Koninie.**

Przewodniczący: ……

……

……

Sygn. akt KIO 2257/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Kole – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Wynajmem Zintegrowanego Systemu Informatycznego dla potrzeb SPZOZ w Kole* (nr postępowania SPZOZ.SZP.PN.240.16.2016) .

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 listopada 2016 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.spzozkolo.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja", „SIWZ" lub „s.i.w.z."}

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

29 listopada 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. w zw. z art. 22 ust. 1b – przez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz opisu sposoby dokonania oceny spełniania tych warunków w sposób nadmierny i nieproporcjonalny, a także naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. a – przez żądanie wykazania udokumentowania zatrudnienia osób w zakresie usług serwisowych poprzez przedłożenie ich umów o pracę, co godzi w zasady sposobu przetwarzania danych osobowych pracowników,
3. 23 ust. 3 i 5 w zw. z art. 22 ust. 1a i art. 7 – przez określenie szczególnego i obiektywnie nieuzasadnionego, a także nadmiernego, dyskryminującego i nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu dla podmiotów występujących wspólnie.
4. Art. 29 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 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 (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) {dalej również: „rozporządzenie o dokumentach} – przez wymaganie w próbce oferowanego systemu funkcjonalności pokrywających wszystkie

funkcjonalności zamawianego systemu ZSI już na etapie składania ofert, oraz naruszenie art. 7 ust. 1 przez określenie warunków udziału w postępowaniu bez zachowania zasady proporcjonalności.

5. Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 – przez przewidziane w treści załącznika nr 10 do SIWZ odrzucenia oferty wykonawcy w przypadku braku w dostarczonej próbce wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności wskazanych w SIWZ, bez uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia prawidłowej próbki.
6. Art. 2 ust. 5a – przez określenie kryteriów oceny ofert w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia, a także naruszenie art. 7 ust. 1 przez brak zachowania zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian treści specyfikacji wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W szczególności w zakresie zarzutów z pkt 1-3 i 6, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odpowiednio:

– zmiany warunków udziału w postępowaniu polegającej na wykreśleniu obowiązku wykazywania doświadczenia wyłącznie w jednostkach sektora finansów publicznych czy publicznych jednostkach ochrony zdrowia, a także wykreślenia konieczności wskazywania nazwy zrealizowanej usługi w celu jej jednoznacznej identyfikacji;

– zastąpienia obowiązku przedłożenia umowy o pracę obowiązkiem złożenia oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy w przedmiocie zatrudniania osób wykonujących świadczenie usług serwisowych na umowę o pracę;

– usunięcia tego warunku, zgodnie z którym w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa w rozdz. V. 2) SIWZ, każdy z tych wykonawców ma spełnić wszystkie warunki udziału w postępowaniu;

– określenia tożsamego katalogu funkcji mających się zawierać w próbce i mających dalej podlegać prezentacji, względnie obniżenia rangi oceny wymagań dodatkowych.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez podanie dodatkowych okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

W szczególności w odwołaniu następująco sprecyzowano zarzuty z pkt 4 i 5 listy zarzutów.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Odwołujący przytoczył następujące postanowienia specyfikacji:

X. Opis sposobu przygotowywania ofert.

1. Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:
(...)

4) Próbka ZSI w wersji elektronicznej na nośniku elektronicznym, potwierdzającą wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone przez Zamawiającego w Załączniku Nr 8 do SIWZ oraz wymagania dodatkowe zadeklarowane przez Wykonawcę i przedstawione w złożonej ofercie zgodnie z Załącznikiem 9 - dokument ma umożliwić dokonanie oceny oferty w kryterium „ocena wymagań dodatkowych" opisanym w rozdziale XIII SIWZ.

Załącznik nr 8 do SIWZ: *W tym celu Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty komputer (laptop) z przygotowaną próbką oferowanego systemu ZSI, która pozwoli na weryfikację oferowanego przez danego Wykonawcę systemu ZSI w zakresie spełnienia funkcjonalności podstawowych i zadeklarowanych przez Wykonawcę funkcjonalności dodatkowych.*

Odwołujący podniósł, że ponieważ załącznik nr 8 zawiera ponad 1000 wymogów funkcjonalnych, przygotowanie tak obszernego systemu w czasie przewidzianym na składanie ofert jest absolutnie niemożliwe, gdyż wymaga od wykonawców dokonania szeregu czynności – instalacji, parametryzacji, *kastomizacji* wszystkich programów, a uprzednio wykonania tych samych czynności w stosunku do motoru bazy danych, z którym oprogramowanie współpracuje. Następnie konieczne jest zasilenie bazy danych danymi umożliwiającymi działanie oprogramowania i prezentację wymaganych przez Zamawiającego funkcji. Dla jednej prostej aplikacji typu Płatnik jest to zadanie na kilka dni pracy, a dla systemu realizującego ponad 1000 funkcji przygotowanie tak obszernej próbki jest to czas liczony w tygodniach. Według Odwołującego bez znaczenia jest w tym przypadku, że Zamawiający wymaga zaprezentowania jedynie wybranego zbioru wymogów funkcjonalnych wskazanych w scenariuszu prezentacji zamieszczonym w załączniku nr 10, gdyż przywołane powyżej postanowienia specyfikacji nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że próbka ma zawierać system dający możliwość weryfikacji spełnienia funkcjonalności podstawowych, które *de facto* wypełniają cały załącznik nr 8.

Odwołujący zarzucił, że tak określone wymaganie 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, jest zdecydowanie nadmiarowe i nieproporcjonalne, *a przesłanki te stanowią pryncypialne zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust 1 ustawy Pzp.* Odwołujący stwierdził, że Zamawiający oczywiście może domagać się przedłożenia przez wykonawców próbki, jednakże analiza semantyczna tego słowa dobitnie wskazuje, że próbka stanowi: część, wycinek, porcję czegoś, a nie całość. Zdaniem Odwołującego wymóg ów wydaje się nie tylko sprzeczny z logiką, ale również intencją ustawodawcy wyrażoną w treści rozporządzenia o dokumentach. W opinii Odwołującego nie znajduje

żadnego uzasadnienia stawianie wymogu opracowania karkołomnej i niemożliwej do wykonania w tak krótkim czasie do wykonania próbki, zwłaszcza gdy Zamawiający waliduje na prezentacji jedynie jej niewielką część przewidzianą w scenariuszu prezentacji.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, że wyznaczenie 8 dni na składanie ofert wraz z próbkami, a zatem ledwie jednego dnia ponad absolutne minimum, przy uwzględnieniu znacznej ilość pozycji obowiązkowych, jakie musi spełnić próbka programu składana przez wykonawcę, oraz faktu, że drugim zastosowanym przez Zamawiającego kryterium oferty jest ilość zastosowanych dodatkowych funkcjonalności systemu, jest terminem zdecydowanie zbyt krótkim.

Odwołujący podsumował, że wykonawca, aby uniknąć odrzucenia jego oferty, winien przygotować próbkę zawierającą funkcjonalności w istocie zrównane z gotowym systemem, będącym przedmiotem zamówienia, a dodatkowo, w celu zwiększenia szans na wybranie jego oferty, przygotować również jak największą ilość dodatkowo punktowanych dodatkowych funkcjonalności i to wszystko zaledwie w ciągu 8 dni.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowało się stanowisko, że możliwość żądania próbki (wersji demonstracyjnej) w przypadku wdrażania systemów informatycznych może dotyczyć tylko systemów standardowych, tylko wówczas można bowiem mówić o zaprezentowaniu funkcjonalności oferowanego przez wykonawcę systemu. Wdrożenie systemu zgodnie z żądaniem i oczekiwaniami Zamawiającego nastąpi dopiero w toku wykonywania przedmiotu zamówienia. Tak uznała Izba w wyroku z 13 lutego 2008 r. (sygn. akt akt KIO/UZP 70/08): *Próbką może być jeden egzemplarz towaru produkowany w większych ilościach np. cegła. Celem takiej próbki jest zapoznanie się Zamawiającego z tym co ma być przedmiotem wykonania zamówienia. Dostarczenie filmu nie pozwala na zapoznanie się z systemem, który zostanie wykonany dla Zamawiającego, a pozwala tylko pokazać, że wykonawca wykonał jakiś system. Żądanie takiej próbki byłoby dopuszczalne, gdyby przedmiotem zamówienia było istniejące oprogramowanie, a w szczególności oprogramowane standardowe, powtarzalne, np. system operacyjny Windows. Natomiast przedmiotem zamówienia jest budowa prototypu. Dostarczenie próbki zobowiązywałoby wykonawcę do sporządzenia fragmentu funkcjonalności prototypu jeszcze przed złożeniem oferty. Wykonawca może zaprezentować system informatyczny, ale tylko gdy on już istnieje np. system obiegu dokumentów. Postawienie takiego warunku może być zasadne w już istniejących systemach, a nie w przypadku opracowania prototypu nowego systemu.*

Odwołujący sprecyzował, że wnosi o nakazanie Zamawiającemu ograniczenia próbki do policzalnej i stanowiącej ułamek całości ilości funkcji (maksymalnie 25) i odniesienie

wymogów dotyczących prezentacji do tejże próbki.

{ad pkt 5 listy zarzutów}

Odwołujący przytoczył następujące postanowienia specyfikacji zawarte w wymaganiach zamieszczonych w załączniku nr 10 do SIWZ:
1. Wykonawca w celu wykazania posiadania zadeklarowanych funkcjonalności dostarczy Zamawiającemu komputer wraz z oprogramowaniem stanowiący jednocześnie próbkę na potrzeby oceny spełniania przez oferowane rozwiązanie wymagań Systemu w rozumieniu §6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 231), zwaną dalej Próbką.
6. W przypadku braku w dostarczonej próbce wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności, oferta Wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu.

Odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie i literaturze zwraca się uwagę na podwójną naturę próbek: po pierwsze – próbka jako dokument potwierdzający zgodność z wymogami SIWZ; po drugie – próbka jako „treść oferty" lub „element oferty". Jeśli próbka ma służyć potwierdzeniu wymagań zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, zamawiający w toku oceny próbki ma obowiązek zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy pzp w okolicznościach określonych w tym przepisie. Jeżeli natomiast próbka ma stanowić element oferty, wówczas wskazany przepis nie ma zastosowania.

Zdaniem Odwołującego w tej sprawie Zamawiający wymaga od potencjalnych wykonawców przedstawienia próbki w celu oceny spełniania przez oferowany system wymagań określonych przez siebie w treści SIWZ i załącznikach do niej. Tym samym niedopuszczalne jest zastrzeganie rygoru odrzucenia oferty w przypadku braków próbki, bez zastrzeżenia skorzystania z procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 pzp.

Odwołujący powołał się na to, że w wyroku z 12 listopada 2013 r. (sygn. akt KIO 2511/13) Izba pokreśliła, że (...) *w przypadku, gdy próbka ma służyć potwierdzeniu wymagań zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zamawiający w toku oceny próbki ma obowiązek zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., w okolicznościach wskazanych w przepisie, jeśli natomiast ma stanowić element oferty (w tym z częstym przełożeniem na kryterium oceny ofert), wówczas wskazany przepis nie ma zastosowania.* Analogicznie w wyroku z 17 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 919/08): *Inny* (...) *będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań*

określonych przez Zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust.

3 P.z.p. jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to de facto uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p. jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione. Ponadto powyższą linię orzeczniczą Izba potwierdziła w wyroku z 18 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1320/13): (...) *konieczne jest każdorazowe ustalenie celu, jakim kierował się Zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy też wzoru do oferty. Inny bowiem będzie status próbki, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego (w przedmiotowym postępowaniu oceny, czy oferowany system posiada wszystkie opisane w SIWZ funkcjonalności), a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, co de facto prowadzi do niedopuszczalnej na gruncie ustawy P.z.p. zmiany treści oferty po wyznaczonym terminie składania ofert. W drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione.*
Żądanie odwołującego:

Odwołujący sprecyzował, że domaga się uwzględnienia art. 26 ust. 3 ustawy pzp w przypadku konieczności uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień odnośnie próbki.

Pismem z 1 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 30 listopada 2016 r. zamieścił informację o wniesieniu odwołania wraz z jego treścią oraz przekazał drogą elektroniczną potencjalnym wykonawcom.

5 grudnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Simple S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Simple”} przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenie w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

6 grudnia 2016 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie, w szczególności w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

W pierwszej kolejności Zamawiający oświadczył, że po zapoznaniu się z odwołaniem, uwzględnia zarzuty określone w pkt 1, 2 oraz 3. Zamawiający dodał, że w związku z tym 5 grudnia 2016 r. dokonał stosownych zmian SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający wniósł o oddalenie pozostałych zarzutów, do których merytorycznie odniósł się w następujący sposób.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Zamawiający przytoczył, że zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może zażądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. poz. 1126) {dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”} zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może żądać w szczególności, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu przedłożyli próbki oferowanych towarów.

Zamawiający wywiódł, że w zakresie zgodności wymogów związanych

z przedmiotem zamówienia może dokonywać oceny ofert nie tylko na podstawie dołączonych do nich dokumentów, ale również wszelkich innych środków dowodowych (np. próbek, opisów lub fotografii) potwierdzających spełnianie stawianych wymagań. Rozporządzenie w sprawie dokumentów nie tworzy bowiem zamkniętego katalogu środków spełnianie dotyczących dowodowych potwierdzających wymagań zamawiającego oferowanego przedmiotu zamówienia.

Według Zamawiającego jego żądanie przedstawienia próbki na etapie składania ofert jest elementem potwierdzenia przez oferenta umiejętności wykonania zamówienia. SPZOZ w Kole ma uzasadnioną potrzebę, aby jej pracownicy samodzielnie i osobiście mieli możliwość przetestowania oferowanych urządzeń lub programów zanim nastąpi wybór oferty.

Zamawiający stwierdził, że próbka systemu nie może być utożsamiana z jego prezentacją, co nie oznacza jednak, że taka prezentacja nie może być przeprowadzona na podstawie przedłożonej przez wykonawcę wraz ofertą próbki.

Zdaniem Zamawiającego formułując warunki udziału w postępowaniu, ma obowiązek uwzględnić charakter przedmiotu zamówienia i osiągnięcie celu gospodarczego przedsięwzięcia tak, aby w wyniku realizacji zamówienia uzyskać produkt wysokiej jakości Celowe zaniżanie wymogów przetargu po to by mogła je spełnić firma (która nie złożyła oferty) niewątpliwie szkodziłoby dobrze rozumianym jego interesom i stałoby w opozycji do zasady efektywności wydatkowania środków publicznych. Dlatego stanowisko Odwołującego Zamawiający uznał za subiektywne, prawdopodobnie wysnute na podstawie

osobistego doświadczenia, a nie wynikające z wykładni prawa lub obiektywnych uwarunkowań technologicznych.

Zamawiający zwrócił uwagę, że dopuszczalność żądania próbki nie jest uzależniona od rodzaju przedmiotu zamówienia bądź stopnia jego komplikacji. Stąd nie można powiedzieć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym przedmiot zamówienia ma złożony lub innowacyjny charakter, wymagający twórczego zaangażowania wykonawcy w jego realizację, żądanie próbki jest wykluczone. Takie ograniczenie nic znajduje potwierdzenia w obowiązujących przepisach (wyrok Izby z 29 maja 2014 r.; sygn. akt KIO 979/14).

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący błędnie zinterpretował postanowienia SIWZ, gdyż intencją Zamawiającego nie było dostarczenie próbki, która będzie zawierała wszystkie, tj. ponad 1000 wymogów funkcjonalności, a jedynie dostarczenie próbki, która pozwoli potwierdzić funkcjonalności podstawowe, zgodnie ze scenariuszem prezentacji, a także dodatkowe, potwierdzone przez wykonawcę w ofercie (załącznik nr 10 do SIWZ).

Zamawiający oświadczył, że w celu uniknięcia wątpliwości, na podstawie art. 38 ust, 4 ustawy pzp, następująco zmienił treść specyfikacji:

a) w rozdziale X ust. 1 pkt 4) SIWZ otrzymał brzmienie: *Próbka ZSI w wersji elektronicznej na nośniku elektronicznym, potwierdzającą wymagania funkcjonalności podstawowych wynikających ze Scenariusza Prezentacji oraz wymagania dodatkowe zadeklarowane przez Wykonawcę i przedstawione w złożonej ofercie zgodnie z Załącznikiem 9 – dokument ma umożliwić dokonanie oceny oferty w kryterium „ocena wymagań dodatkowych" opisanym w rozdziale XIII SIWZ."*

b) w załączniku nr 10 SIWZ: *W tym celu Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty komputer (laptop) z przygotowaną próbką oferowanego systemu ZSI, która pozwoli na weryfikację oferowanego przez danego Wykonawcę systemu ZSI w zakresie spełnienia wymagań funkcjonalności podstawowych wynikających ze Scenariusza Prezentacji oraz zadeklarowanych przez Wykonawcę funkcjonalności dodatkowych (załącznik nr 9 do SIWZ).*

c) w załączniku nr 10 SIWZ „Wymagania": *1. Wykonawca w celu wykazania posiadania funkcjonalności podstawowych wynikających ze Scenariusza Prezentacji oraz zadeklarowanych przez Wykonawcę funkcjonalności dodatkowych dostarczy Zamawiającemu komputer wraz z oprogramowaniem stanowiący jednocześnie próbkę na potrzeby oceny spełniania przez oferowane rozwiązanie wymagań Systemu w rozumieniu § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z. dnia 19 lutego 20/3 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może* żądać *zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich*

te dokumenty mogą być składane (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 231), zwaną dalej Próbką.
2. Próbka obejmuje przygotowane przez Wykonawcę oprogramowanie i dane demonstracyjne (testowe) zainstalowane na sprzęcie Wykonawcy (przenośny komputer) w pełni skonfigurowane i gotowe do praktycznej prezentacji (przetworzenia) pozwalającego na potwierdzenie funkcjonalności podstawowych wynikających ze Scenariusza Prezentacji oraz zadeklarowanych przez Wykonawcę funkcjonalności dodatkowych.
6. W przypadku braku w dostarczonej próbce wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności podstawowych wynikających ze Scenariusza Prezentacji oraz zadeklarowanych przez Wykonawcę funkcjonalności podstawowych, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu.

{ad pkt 5 listy zarzutów}

Według Zamawiającego ponieważ postanowienie, którego zmiany żądał Odwołujący zostało zmienione w powyżej przytoczony sposób, odwołanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Niemniej zdaniem Zamawiającego miałby obowiązek skorzystać z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 pzp i wezwać wykonawcę do uzupełniania oferty w zakresie brakującej próbki, ale jedynie w sytuacji, gdy żądana próbka miała potwierdzić, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego (żądany dokument przedmiotowy zgodnie z w § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Natomiast z odmienną sytuacją będziemy mieli do czynienia w sytuacji braku w ofercie wymaganej przez zamawiającego próbki, która miała zostać oceniona w ramach przyjętych przez zamawiającego w danym postępowaniu kryteriów oceny ofert – w takim przypadku słusznym wydaje się odrzucenie oferty – jeżeli zamawiający przewidział taki skutek (tak jak w niniejszym postępowaniu). Skorzystanie z dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp konieczne jest, gdy złożona wraz z ofertą próbka służąca ocenie w ramach kryteriów oceny ofert jest niezgodna z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji, jeśli złożenie próbki dowodzi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, zobowiązany on jest odrzucić ofertę, uznając, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający powołał się na to, że powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Izby:

Izba podkreśla, iż zgodnie z nowelizacją z 2007 r., co do zasady dopuszczalne jest uzupełnianie oferty o dokumenty przedmiotowe, potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego i to zarówno w sytuacji, gdy fizycznie nie zostały one załączone do oferty, jak i na zasadach

analogicznych, jak w przypadku dokumentów podmiotowych, także wtedy, gdy zostały one załączone, ale nie potwierdzają one spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Powyższe, z uwagi na występowanie w katalogu odnoszącym się do tzw., dokumentów przedmiotowych zawartym w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, odnosi się także do próbek, przy czym nic istotne jest użycie literalnie słowa: „próbki", czy też innego określenia np. jak w przedmiotowym stanic faktycznym: „wzór oferowanego przedmiotu zamówienia", gdyż konieczne jest każdorazowe ustalenie celu, jakim kierował się Zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy leż wzoru. Inny, bowiem będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy leż jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to de facto uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione (wyrok z 17

września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 919/08).

Zmiana lub uzupełnienie próbki powinna być niedopuszczalna w każdej sytuacji, w której mogłoby to wprost lub pośrednio prowadzić do zmiany treści oferty. Jest tak nie tylko wtedy, gdy próbka podlega ocenie w ramach kryterium oceny oferty, ale w każdym przypadku, gdy zmiana lub uzupełnienie próbki prowadziłoby do stworzenia możliwości zmiany jednego produktu na inny, czyli dc facto zmiany treści oferty, choć formalnie zmianie podlegałby tylko dokument składany na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego, Może to mieć miejsce w tych wszystkich przypadkach, w których zamawiający nic oczekiwał w formularzu oferty niczego więcej ponad określenie ceny za wykonanie przedmiot u zamówienia i, ewentualnie, potwierdzenie ogólnym oświadczeniem, że przedmiot oferty jest zgodny z jego wymaganiami określonymi w siwz, a jednocześnie zażądał próbki, opisu lub fotografii. Jeżeli wykonawca, choćby z własnej inicjatywy, nie sprecyzował w inny sposób treści oferty, próbka, opis lub fotografia jest jedynym źródłem *dla ustalenia co konkretnie zostało zaoferowane, a zatem de facto sianowi treść oferty, która podlega wyłącznie reżimowi arf. 87 ust. 1 i 2 p.z.p., a nie art. 26 ust. 3 p.z.p.* (wyrok z 18 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1158/14).

Zamawiający podsumował, że nie zakwalifikował próbki jako dokumentu potwierdzającego, że oferowane usługi odpowiadają określonym przez niego wymaganiom, z powołaniem się na art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, a tym samym nie będzie miał

zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, biorąc pod uwagę, że Odwołujący wycofał na posiedzeniu zarzuty z pkt 1, 2, 3 i 6, sprawa została skierowana do rozpoznania w zakresie zarzutów z pkt 4 i 5 listy zarzutów.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Przedstawione łącznie w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie okoliczności dotyczące treści postanowień s.i.w.z., w tym zmian treści tych postanowień wprowadzonych przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zaznacza, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp

sprawa została rozpoznana w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 4 listy zarzutów}

Izba zważyła, że po dokonanych przez Zamawiającego zmianach postanowień specyfikacji, które zostały zacytowane w odpowiedzi na odwołanie, zarzut zawarty w odwołaniu stał się bezprzedmiotowy, gdyż próbka została ograniczona do funkcji objętych prezentacją. Uwzględniając taki stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (zgodnie z art. 191 ust. 3 pzp), co najmniej nie można stwierdzić, że doszło do zarzucanego naruszenia przepisów, które mogłoby mieć istotny wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, a tylko w takim przypadku odwołanie mogłoby być uwzględnione (co wynika z art. 192 ust. 2 pzp).

Wydaje się jednak, że wystarczającym było, aby Odwołujący w związku z powziętymi wątpliwościami co do zakresu próbki – skoro sam zauważył, że na potrzeby prezentacji wymagany jest jedynie zakres wymogów funkcjonalnych wskazanych w scenariuszu prezentacji zamieszczonym w załączniku nr 10 – zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji. W przekonaniu Izby Zamawiający udzieliłby odpowiedzi zbieżnej z wyjaśnieniami, które zawarł w odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważyła, że skoro została usunięta wątpliwość co do tego, że wymagane jest złożenie wraz z ofertą próbki, która ma zawierać funkcjonalności podstawowe objęte scenariuszem prezentacji oraz funkcjonalności dodatkowe zaoferowane przez danego wykonawcę, opisany w odwołaniu zarzut, oparty na założeniu, że wymagane jest przygotowanie próbki obejmującej ponad 1000 funkcji przewidzianych w systemie docelowym, stracił jakikolwiek punkt zaczepienia.

Izba zważyła ponadto, że z odwołania nie wynika w żaden sposób zakwestionowanie zakresu prezentacji jako nadmiernego, wręcz przeciwnie został on wskazany w opozycji do zakwestionowanych postanowień, które według Odwołującego nakazywały przygotowanie próbki wykraczającej poza ten zakres. Tym samym za niedopuszczalne, bo nieobjęte okolicznościami wynikającymi z odwołania, i spóźnione, bo podniesione po upływie terminu na wniesienie odwołania, Izba uznała zgłoszone na rozprawie zarzuty co do zakresu

prezentacji. W szczególności nie ma podstaw, aby konstruować treść zarzutu li tylko na podstawie żądania, zwłaszcza, że na podstawie treści odwołania nie sposób stwierdzić, czy według scenariusza prezentacji jej zakres wykracza poza żądaną liczbę funkcji, gdyż żadnych okoliczności w tym zakresie w odwołaniu nie podniesiono. Z odwołania nie wynikało również, aby funkcjonalności objęte scenariuszem prezentacji nie miały charakteru standardowego.

Ponadto okoliczności zaprezentowane w odwołaniu nie wskazują na naruszenie art. 7 ust. 1 pzp, gdyż ani ten przepis, ani próbka czy opis przedmiotu zamówienia nie odnoszą się do podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, które powinny być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia (co wynika z aktualnie obowiązującego art. 22 ust. 1a pzp)

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 5 listy zarzutów}

Izba zważyła, że zarzut zawarty w odwołaniu – sprowadzający się do adekwatnego zaprezentowania stanowiska orzecznictwa co do zróżnicowanego charakteru prawnego próbki, w zależności od celu jej zażądania, postawieniu tezy, że w tym postępowaniu próbka żądana jest wyłącznie dla oceny spełniania przez oferowany system wymagań określonych przez Zamawiającego w s.i.w.z., oraz zgłoszenia żądania, aby w tym postępowaniu próbka

podlegała uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp – nie może zostać uznany za zasadny.

Za niesporne uznać należy, skoro okoliczności te zostały podniesione w ramach poprzedniego zarzutu, że w tym postępowaniu próbka podlega badaniu w ramach prezentacji według scenariusza opisanego w s.i.w.z., co służy faktycznemu zweryfikowaniu oferowanego systemu co do niektórych spośród funkcjonalności podstawowych oraz co do zaoferowanych przez wykonawcę funkcjonalności dodatkowych. Oznacza to, że zażądanie próbki nie ogranicza się li tylko do potwierdzenia spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego dla zamawianego systemu informatycznego, ale jest swoistym materialnym elementem oferty, który podlega ocenie co do zgodności z wymaganiami opisanymi w s.i.w.z. oraz zadeklarowanymi w treści oferty, a w odniesieniu do wymagań dodatkowych – również punktacji w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert.

Z uwagi na powyższe za trafne należy uznać stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odwołaniu. Co więcej, jednoznaczne przesądzenie w treści s.i.w.z. takiego charakteru próbki, pozwala na uniknięcie na późniejszym etapie sporów co do tego, czy podlega ona uzupełnieniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: ……

……

……