Sygn. akt: KIO 2422/17

WYROK
z dnia 30 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Barbara Bettman
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 listopada 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 listopada 2017 r.** przez konsorcjum: **1. K. I. Sp. z o.o. (pełnomocnik), (...), 2. K. K. Sp. z o.o., (...),** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Zdrowia Mazowsza Zachodniego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (...),** przy udziale wykonawcy: **A. M. Sp. z o.o., (...)** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
   1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy: **A. M. Sp. z o.o., (...),**
   1.2. Dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy: **A. M. Sp. z o.o., (...),**
   1.3. Unieważnienie ogółu czynności przeprowadzonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Centrum Zdrowia Mazowsza Zachodniego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (...),**
   2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - konsorcjum: **1. K. I. Sp. z o.o. (pełnomocnik), (...), 2. K. K. Sp. z o.o., (...),** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego: **Centrum Zdrowia Mazowsza Zachodniego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (...)** na rzecz odwołującego - konsorcjum: **1. K. I. Sp. z o.o. (pełnomocnik), (...), 2. K. K. Sp. z o.o., (...),** kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

---

tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku.**

Przewodniczący:

……..……..……

Sygn. akt: KIO 2422/17

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Rozbudowa Zintegrowanego Systemu Informatycznego wraz z wdrożeniem e-usług i dostawą infrastruktury informatycznej w Centrum Zdrowia Mazowsza Zachodniego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością" (ogłoszenie Dz. Urz. UE z dnia 08.06.2017 pod numerem 2017/S 110-222132), w dniu 17 listopada 2017 r. zostało wniesione w postaci pisemnej odwołanie przez konsorcjum firm: 1. K. I. Sp. z o.o. (pełnomocnik); 2. K. K. Sp. z o.o. z siedzibą w P. - (dalej zwany także „odwołującym" lub „konsorcjum K.") - wobec czynności wyboru oferty przystępującego - A. M. Sp. z o.o., o której to czynności odwołujący został powiadomiony w drodze korespondencji elektronicznej w dniu 8 listopada 2017 roku. W kopii odwołanie przekazano zamawiającemu z zachowaniem terminu ustawowego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 20 listopada 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego złożył w dniu 22 listopada 2011r. w postaci elektronicznej (w kopii przesłane stronom) wykonawca: A. M. Sp. z o. o. z siedzibą w W., (dalej „przystępujący" lub „A.") - po stronie zamawiającego, który wnosił: o odrzucenie odwołania na podstawie:
2.1. art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, tj. podmiot nie mający statusu wykonawcy w niniejszym postępowaniu,
2.2. art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp jako wniesionego po terminie, ewentualnie, w razie braku odrzucenia odwołania,
- wnosił o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu przystępujący podał, co następuje.

„2. [podstawa do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp]
2.1. Zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.
2.2. Odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, albowiem Odwołujący nie posiada już statusu wykonawcy w niniejszym postępowaniu.

dnia 2.3. Zauważenia bowiem wymagają następujące okoliczności: 07.09.2017 r. A.
wnosi do Prezesa KIO odwołanie kwestionując m.in. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum K., przystąpienie do wszczętego postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, składa Konsorcjum K., Zamawiający dnia 18.09.2017 r. uwzględnia ww. odwołanie m.in. w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum K., A. cofa odwołanie w zakresie nieuwzględnionym, a Konsorcjum K. nie składa sprzeciwu co do
3

---

uwzględnienia odwołania w części, w związku z powyższym KIO postanowieniem z dnia 21.09.2017 r. umarza postępowanie (KIO 1861/17),
Dnia 03.10.2017 r. Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania z dnia 07.09.2017 r. podejmuje czynność odrzucenia oferty Konsorcjum K., dnia 12.10.2017 r. K. I. składa odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty A. oraz zaniechanie wykluczenia A., dnia 23.10.2017 r. K. I. cofa ww. odwołanie, dnia 24.10.2017 r. KIO umarza postępowanie (KIO 2140/17) ws. odwołania z dnia 12.10.2017 r.
2.4. Wyżej opisany stan faktyczny należy uznać za bezsporny i wynikający z dokumentacji Zamówienia, jak i akt spraw KIO 1861/17 I KIO 2140/17.
2.5. Jak wynika z powyższego z chwilą umorzenia postępowania ws. KIO 1861/17, a najpóźniej z chwilą umorzenia postępowania ws. KIO 2140/17 Odwołujący utracił status wykonawcy w niniejszym postępowaniu, albowiem jego oferta została już ostatecznie i niepodważalnie odrzucona. Tym samym, choć złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, to jednak posiadany wcześniej status wykonawcy już utracił. Tymczasem w świetle art. 179 ust. I Pzp w zw. z art. 2 pkt 11 8 Pzp do korzystania ze środków ochrony prawnej niezbędne jest dysponowanie takim statusem.
2.6. Potwierdzeniem powyższej tezy jest też utrwalone orzecznictwo KIO, zgodnie z którym warunkiem formalnym uprawniającym do złożenia odwołania jest dysponowanie statusem wykonawcy w danym postępowaniu w chwili wnoszenia odwołania i tak np.: KIO w postanowieniu z dnia 07.10.2013 r. (KIO 2288/13) wskazała, że Wykonawcę, który utracił status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 p.z.p. przed terminem wniesienia odwołania z powodu nieprzedłużenia terminu związania ofertą, należy uznać za podmiot nieuprawniony w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 p.z.p. Jest to podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostało wniesione odwołanie, podobnie postanowienie KIO z dnia 04.07.2013 r. (KIO 1500/13) stwierdzające, że: „Niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania," podobnie postanowienia KIO z dnia 14.12.2016 r. (KIO 2237/16), z dnia 07.12.2016 r. (KIO 2266/16), z dnia 29.09.2016 r. (KIO 1742/16), z dnia 26.06.2016 r. (KIO 1181/17), a także SO w Warszawie w wyroku z dnia 09.10.2008 r. (IV Ca 521/08).
2.7. W świetle powyższego nie ma najmniejszych wątpliwości, co do tego, że Odwołujący nie mając statusu wykonawcy w niniejszym postępowaniu nie jest uprawniony do wnoszenia odwołania w niniejszej sprawie.
2.8. Na marginesie zauważania wymaga, że powyższe twierdzenia nie stoją w opozycji do

wyroku TSUE z dnia 11.05.2017 r. (C-131/16), albowiem wyrok ten dotyczył innego stanu faktycznego oraz kwestii interesu w składaniu odwołania. Przede wszystkim jak wynika z
4

---

sentencji tego wyroku dotyczy on sytuacji, gdy odwołujący zmierza do unieważnienia postępowania kwestionując ofertę innego wykonawcy jednocześnie z kwestionowaniem oceny własnej oferty, a więc zaskarża jednocześnie obie te decyzje. Tymczasem w niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia, albowiem tu przedmiotem odwołania jest jedynie ocena oferty A., podczas gdy ocena oferty Odwołującego nie jest objęta odwołaniem.
2.9. Co warte zauważenia stan faktyczny niniejszej sprawy znajduje swe odzwierciedlenie w wyroku TSUE z dnia 21.12.2016 r. ws. Bietergemeinschaft Technische Gebaudebetreuung und Caverion Ósterreich (C-355/15), w którym to jednoznacznie wskazano, że w sytuacji, gdy decyzja o wykluczeniu oferenta został utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie), to oferentowi takiemu można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia.
2.10. W konsekwencji orzecznictwo TSUE prawidłowo przyporządkowane do stanu faktycznego zaistniałego w niniejszej sprawie, nie tylko nie stoi w sprzeczności z wyżej przywołanym orzecznictwem KIO, ale wręcz potwierdza jego prawidłowość.
3. [podstawa do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp]
3.1. Odwołanie powinno podlegać odrzuceniu także z tego powodu, że zostało złożone z uchybieniem terminu.
3.2. Zarzuty podnoszone przez Odwołującego wobec Przystępującego zgłoszone są z uchybieniem 10 dniowego terminu, bowiem KIO wypracowała pewne ogólne zasady dotyczące tzw. koncentracji środków ochrony prawnej. Tymczasem w niniejszej sprawie Odwołujący postępuje wbrew utrwalonemu stanowisku KIO.
3.3. Należy bowiem zauważyć, że w niniejszej sprawie czynność wyboru ofert została dokonana już dniu 29.08.2017 r. Choć wówczas wybrana została jako najkorzystniejsza oferta Konsorcjum K. to nie było przeszkód, aby już wówczas kwestionować zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz zaniechanie jego wykluczenia. Odwołujący tego nie uczynił, a zatem utracił już możliwość podnoszenia tych zarzutów, które mógł był wcześniej podnieść.
3.4. Dodatkowo dnia 03.10.2017 r. zamawiający poinformował wykonawców o tym jakie oferty zostały odrzucone (wówczas Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego). Wtedy to (12.10.2017 r.) K. I. wniósł odwołanie od tej czynności, podnosząc wobec A. dokładnie te same zarzuty, co w niniejszej sprawie. Odwołanie to zostało wycofane, a KIO postępowanie ws. KIO 2140/17 umorzyła.
3.5. Skoro już od dnia 03.10.2017 r. Odwołujący miał wiedzę, jacy wykonawcy zostali wykluczeni i jakie oferty zostały odrzucone (a nie było wśród nich Przystępującego), to z

5

---

pewnością najpóźniej od tego dnia należało liczyć termin na wniesienie odwołania. Raz jeszcze zauważenia wymaga to, że K. I. wówczas złożył odwołanie, które jednak wycofał.
3.6. Oczywista zatem staje się konstatacja, że niniejsze odwołanie jest spóźnione, skoro te same zarzuty podnoszone już były w odwołaniu z dnia 12.10.2017 r.
4. [wniosek o oddalenie odwołania - brak interesu w korzystaniu ze środka ochrony prawnej].
4.1. Niezależnie od powyższego z ostrożności wskazać należy, że Odwołujący nie ma interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, albowiem nie ma szans na pozyskanie tego konkretnego Zamówienia. W świetle bezspornego stanu faktycznego, jak i samej treści Odwołania oczywiste jest to, że Odwołujący nie ma żadnej możliwości pozyskania Zamówienia. Czynność odrzucenia jego oferty jest ostateczna, prawomocna i nie ma możliwości jej wzruszenia.
4.2. Powyższe w świetle utrwalonego orzecznictwa KIO oraz sądów okręgowych skutkuje brakiem posiadania interesu, a w konsekwencji musi prowadzić do oddalenia odwołania.
4.3. Tylko dla przykładu wskazać można wyrok KIO z dnia 10.02.2016 (KIO 106/16), wskazujący, że Odwołujący musi wykazać, iż miał lub ma interes w uzyskaniu tego

konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę. Chodzi, zatem o zaistnienie chociażby potencjalnej możliwości uzyskania przez Odwołującego tego konkretnego zamówienia, przy czym nie może to być interes hipotetyczny, odnoszący się do innego, przyszłego zamówienia, ale o to, konkretne, toczące się aktualnie postępowanie.
4.4. Por. także wyroki KIO z dnia 13.09.2011 r. (KIO 837/11), z dnia 14.01.2013 r. (KIO 2887/12), 05.01.2012 r. (KIO 2742/11), a także wyroki sądów powszechnych SO w Warszawie z dnia 07.12.2011 r. (V Ca 1973/11), wyrok SO w Poznaniu z dnia 17.02.2011 r. (II Ca 9/11).
4.5. Przystępujący oczywiście ma świadomość wyroków TSUE z dnia 05.04.2016 (C-689/13) i z dnia 11.05.2017 r. (C-131/16) należy jednakże zauważyć, że oba te wyroki dotyczą sytuacji jednoczesnego kwestionowana zarówno odrzucenia własnej oferty jak i oferty konkurencyjnej. Tymczasem w niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Oznacza to, że wyrok TSUE C-131/16 choć oczywiście ma zastosowanie w praktyce, to nie dotyczy tej sytuacji i nie stoi w sprzeczności z wyżej przywołanym orzecznictwem KIO i sądów powszechnych w takim zakresie w jakim poglądy wyrażone w tych orzeczeniach odnoszą się do niniejszego stanu faktycznego.
4.6. Raz jeszcze w tym miejscu należy powołać się na adekwatny dla niniejszej sprawy wyrok TSUE z dnia 21.12.2016 r. (C-355/15), z którego jednoznacznie wynika, że w takiej sytuacji jak niniejsza oferentowi można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o

---

udzieleniu zamówienia, czyli że nie ma on interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.
5. [wniosek o oddalenie odwołania - kwestie merytoryczne]
5.1. Niezależnie od powyższego odwołanie podlega oddaleniu także ze względu na jego merytoryczną bezzasadność.
5.2. W szczególności przedmiot oferty A. zgodny jest z treścią siwz, a A. wykazało, że spełnia warunki ubiegania się o zamówienie, w szczególności w zakresie niezbędnego doświadczenia."

Dalsze argumenty przemawiające za oddaleniem odwołania, przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 29 listopada 2017 r. złożonym na rozprawie wraz dowodami:

1. Oświadczeniem firmy S. S.A., w którym stwierdzono, że zamówienie referencyjne na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie było wykonywane przez konsorcjum firm: S. S.A. oraz T. V. Sp. z o.o. (poprzednika prawnego przystępującego), które potwierdza aktywny udział tego podmiotu w całości zamówienia.
2. Fakturą VAT wystawioną przez I. Sp. z o.o.,(która została przejęta przez A.) za usługi integracji z systemem MOL w Szpitalu Klinicznym w O.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: A. M. Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ustawy Pzp zostały wykazane. Interes przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przejawiał się w tym, że jego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący zakwestionował tę czynność zamawiającego, w konsekwencji uwzględnienie odwołania - mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której wybór oferty przystępującego się nie utrzyma.

W piśmie z dnia 28 listopada 2017 r. odnosząc się do wniosku zamawiającego oraz przystępującego o odrzucenie odwołania odwołujący podnosił, że powoływanie się na dotychczasowe orzecznictwo Izby może następować wyłącznie z uwzględnieniem zapadłych orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W szczególności odwołujący wskazał, że powołane przez przystępującego orzeczenie TSUE z dnia 21 grudnia 2016 roku (C-355-15), będące odpowiedzią na pytanie prejudycjalne, wydane w analogicznym stanie faktycznym jak w tym postępowaniu, wbrew temu co twierdzi przystępujący, potwierdza w całości stanowisko odwołującego. W celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych, odwołujący przytoczył poniżej cytat z udzielonej przez TSUE odpowiedzi: *„35. W tej sytuacji art. 1 ust. 3 tej dyrektywy nie może być interpretowany w ten sposób, że sprzeciwia się on temu, aby oferentowi takiemu jak zrzeszenie odmówiony został dostęp do odwołania, w*

---

sytuacji gdy należy uznać, że oferent ten został ostatecznie wykluczony w rozumieniu art. 2a ust 2 akapit drugi tej dyrektywy"

Odwołujący podtrzymał również, iż uzasadnieniem dla jego stanowiska jest powołane w odwołaniu orzeczenie TSUE z dnia 11 maja 2017 roku w sprawie o sygnaturze C-131/16 (jak również inne w nim wskazane nie kwestionowane przez przystępującego). Orzeczenie to bowiem stanowi odpowiedź na pytanie prejudycjalne, które nie ma zastosowania tylko dla danego stanu faktycznego, ale stanowi wykładnię przepisu prawa. Orzeczenia takie mają moc wiążącą dla sądów krajowych, zarówno tych orzekających w sprawie, w związku z rozpoznawaniem, której pytanie prejudycjalne zostało zadane, jak i w sprawach rozpoznawanych później przez inne sądy.

Odwołujący zaprzeczał twierdzeniom przystępującego, jakoby odwołanie zostało wniesione z uchybieniem 10-dniowego terminu ustawowego, który powinien być liczony od dnia 29 sierpnia 2017 roku, względnie od 3 października 2017 roku.

Odwołujący argumentował, że Pzp w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (przy danej wartości zamówienia). Wyjaśniał, że w dniu 29 sierpnia 2017 roku zamawiający dokonał czynności wyboru oferty odwołującego. Nawet, gdy wówczas istniały podstawy do wniesienia odwołania na wstępnie sklasyfikowaną drugą ofertę przystępującego - to nie istniała żadna czynność zamawiającego względem tej oferty, która mogłaby być kwestionowana odwołaniem. Czynność wyboru oferty odwołującego z dnia 29 sierpnia 2017 r. została unieważniona 22 września 2017 r. Kolejna informacja o wyborze oferty przystępującego została przekazana wykonawcom 8 listopada 2017 r. i od niej wniesiono odwołanie. Wprawdzie odwołujący złożył odwołanie, rozpatrywane pod sygn. akt KIO 2140/17, ale po udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, że nie zakończył on na tamten moment badania oferty przystępującego, a zatem nie było czynności podlegającej zaskarżeniu, w której jednocześnie zamawiający podał, że czynność ta po jej dokonaniu będzie mogła zostać zaskarżona przez uczestników postępowania inicjując odrębne postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, zatem nie kwestionując statusu odwołującego w przedmiotowym postępowaniu - odwołujący wycofał odwołanie.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze, odwołanie nie zostało wniesione z uchybieniem 10-dniowego terminu na jego złożenie, gdyż termin ten nie mógł być liczony od dnia 29 sierpnia 2017 roku, ani też od 3 października 2017 r., ale dopiero od dnia 8 listopada 2017 roku, kiedy to zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego A..

Pzp w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (przy danej wartości zamówienia). Okolicznością bezsporną było, że w dniu 29 sierpnia 2017r. zamawiający dokonał czynności wyboru oferty odwołującego. Wówczas wstępnie sklasyfikowaną drugą ofertę stanowiła oferta przystępującego - lecz nie istniała żadna czynność zamawiającego względem tej oferty, która mogłaby być kwestionowana odwołaniem. Czynność wyboru oferty odwołującego z dnia 29 sierpnia 2017 r. została unieważniona 22 września 2017 r. Kolejna informacja o wyborze oferty przystępującego została przekazana wykonawcom 8 listopada 2017 r. i od niej wniesiono odwołanie. Ponadto, nie można pomijać treści oświadczenia zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO 2140/17, w której zamawiający powyższą interpretację potwierdził wprost, stwierdzając, że nie zakończył na tamten moment badania oferty przystępującego, a zatem nie było czynności podlegającej zaskarżeniu. Jednocześnie zamawiający podał, że czynność ta po jej dokonaniu będzie mogła zostać zaskarżona przez uczestników postępowania inicjując odrębne postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, zatem wskazywał na przedwczesność odwołania, a jednocześnie nie kwestionował statusu odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, jako podmiotu który miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, mimo że jego oferta została ostatecznie odrzucona. Jakkolwiek zdanie zamawiającego nie jest wyrocznią, i sytuacja w postępowaniu powinna

podlegać samodzielnej ocenie wykonawcy, to jednak z tych względów odwołujący cofnął odwołanie, nie zamierzając jednak rezygnować z zaskarżenia oferty przystępującego w momencie, gdy zamawiający dokona jej wyboru.

Po drugie, odwołanie nie może być uznane za wniesione przed podmiot nieuprawniony, co pozostaje też w związku z materialno prawną przesłanką interesu do wniesienia odwołania i legitymacji do zainicjowania postępowania odwoławczego zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym względzie celowym było odniesienie się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C -391/15 Marina del Mediterráneo SL, w którym orzeczono, że o ile dyrektywa 89/665 formalnie nie określa chwili, od której przysługuje środek odwoławczy, o którym mowa w art. 1 ust. 1 tej dyrektywy, o tyle cel tej dyrektywy, (…) nie upoważnia państw członkowskich do uzależnienia skorzystania z tego prawa od formalnego osiągnięcia przez dane postępowanie w sprawie udzielania zamówienia publicznego określonego etapu, (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 38). W braku uregulowań Unii określających chwilę, od której powinien przysługiwać środek odwoławczy, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem to prawo krajowe powinno uregulować zasady postępowania sądowego mającego zapewnić

---

ochronę praw przysługujących jednostkom na podstawie prawa Unii. Te zasady postępowania nie mogą jednak być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności) (wyroki: z dnia 30 września 2010 r., Strabag i in., C-314/09, EU:C:2010:567, pkt 34; z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 46; z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 32, 35, 37). W szczególności normy proceduralne dotyczące skarg sądowych, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom uprawnień naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie powinny stanowić zagrożenia dla skuteczności (effet utile) dyrektywy 89/665 (zob. podobnie wyroki: z dnia 3 marca 2005 r., Fabricom, C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, pkt 42; z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 47; z dnia 15 września 2016 r., Star Storage i in., C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 43).

Jednocześnie Trybunał potwierdził, że przepisy art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, aby wynikało z nich prawo, na które jednostka może się w razie potrzeby powołać przeciwko instytucji zamawiającej (zob. wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r., Koppensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345, pkt 38). Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 70 opinii, ocena ta ma również zastosowanie do art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy, ze względu na jasne i precyzyjne brzmienie tego przepisu oraz jego cel, zbliżony do art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, a więc art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 mają bezpośrednią skuteczność.

Bez względu, zatem na treść przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy (…), a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, dotychczasowa przeważająca interpretacja w wyrokach KIO, że wykonawca, którego oferta została ostatecznie odrzucona nie jest zdolny wykazać spełnienia jednej z przesłanek łącznych legitymacji czynnej, to jest - możliwości poniesienia szkody odnoszonej do danego zamówienia - skonkretyzowanego nie poprzez jego przedmiot, (ale poprzez oznaczenia identyfikujące podane w ogłoszeniu) - musiała ulec zmianie, w sposób podążający za orzecznictwem TSUE. Skoro, bowiem przepisy art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 mają bezpośrednią skuteczność, nie liczą się zatem regulacje krajowe.

Takimi orzeczeniami TSUE wyznaczającymi obecnie kierunek orzecznictwa Izby w omawianej kwestii, są między innymi:

---

a) orzeczenie z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebaudebetreuung i Caverion Ósterreich. *„Artykuł 1 ust 3 dyrektywy Rady*

89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona."

b) orzeczenie z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama. *„2) Dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienioną dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."*

Z omówionych wyżej względów nie zachodziły przesłanki, aby odrzucić odwołanie konsorcjum: 1. K. I. Sp. z o.o., 2. K. K. Sp. z o.o. z siedzibą w P.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Centrum Zdrowia Mazowsza Zachodniego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ż. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej „ustawą Pzp," tj.:

Zarzut I naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy A. M. Sp. z o.o.,

---

mimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału określonych przez zamawiającego w SIWZ w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia, podczas gdy z przedstawionych dokumentów w szczególności zaś referencji i wyjaśnień A. M. Sp. z o.o., wynika, że nie posiada doświadczenia wymaganego przez zamawiającego zgodnie z SIWZ.

Zarzut II naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca A. M. Sp. z o.o. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia, podczas gdy z przedstawionych dokumentów, w szczególności zaś referencji i wyjaśnień A. M. Sp. z o.o. wynika, że nie posiada doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ.

Zarzut III naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, w szczególności zaś poprzez oświadczenie o spełnianiu przez oferowane rozwiązanie informatyczne wymaganych punktowanych funkcjonalności, podczas gdy w trakcie demonstracji próbki oferowanego rozwiązania A. M. Sp. z o.o. istnienia tych funkcjonalności nie potwierdził, a zamawiający przewidział w SIWZ w takiej sytuacji wykluczenie wykonawcy z udziału w przetargu.

Zarzut IV naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty A. M. Sp. z o.o. za ofertę odrzuconą.

Zarzut V naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust.

1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty A. M. Sp. z o.o. jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, w związku ze stwierdzeniem przez zamawiającego w toku oceny ofert na demonstracji próbki oferowanego rozwiązania A. M. Sp. z o.o. braku potwierdzenia przedłożonych informacji oczekiwanych w kolumnie „Sposób prezentacji wymogu" dowolnego wymogu zawartego w Tabeli nr 2 wskazanego jako realizowanego przez oferowane rozwiązanie informatyczne, podczas, gdy zamawiający zastrzegł w SIWZ, że taki brak będzie skutkował odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a nie obniżeniem punktacji.

Zarzut VI naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, które zakładały odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w przypadku stwierdzenia

---

przez zamawiającego w toku oceny ofert na demonstracji próbki oferowanego rozwiązania braku potwierdzenia przedłożonych informacji oczekiwanych w kolumnie „Sposób prezentacji wymogu" dla dowolnego wymogu zawartego w Tabeli nr 2 wskazanego jako realizowanego przez oferowane rozwiązanie informatyczne.

Zarzut VII naruszenia w konsekwencji art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania wobec niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W nawiązaniu do powyższego, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, o której informacja została przekazania do odwołującego w drodze korespondencji elektronicznej w dniu 8 listopada 2017 roku,

2) powtórzenie czynności badania i oceny oferty A. M. Sp. z o.o. i w konsekwencji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz wykluczenie tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4, 16 i 17 Pzp bez prowadzenia uprzedniego postępowania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, które nie może być prowadzone w sytuacji, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu,

3) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący wnosi również o przeprowadzenie postępowania dowodowego w zakresie dowodów złożonych przez niego podczas rozprawy na potwierdzenie jego twierdzeń, a także włączenie w poczet materiału dowodowego akt sprawy o sygnaturze: KIO 1861/17.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na interes w złożeniu odwołania, w związku z zakończeniem przez zamawiającego wszystkich czynności w postępowaniu. W dniu 8 listopada 2017 roku zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, mimo iż zaszły przesłanki do odrzucenia tej oferty i wykluczenia wykonawcy ją składającego, co w konsekwencji, wobec wcześniejszych skutecznych już odrzuceń oferty odwołującego oraz C. H. S.A., powinno skutkować również unieważnieniem postępowania. Odwołujący podnosił, że ma interes we wniesieniu odwołania i domagania się unieważnienia postępowania, a legitymacją do tych działań jest brzmienie art. 179 ust.1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący stwierdził, że mimo odrzucenia jego oferty, jest wykonawcą, który miał interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku udzielenia tego zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z

---

przepisami Pzp. Powołał się na orzecznictwo TSUE - orzeczenie z 21 grudnia 2016 roku będące odpowiedzią na pytanie prejudycjalne (sygn. akt C-355/15), które stanowi: *„w świetle powyższych uwag na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiające go zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać*

odrzucona." TSUE orzekał już również, że ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferenci mają równoważny uzasadniony interes w wykluczeniu oferty pozostałych do celów uzyskania zamówienia (podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt. 27), bez względu na liczbę uczestników postępowania i liczbę uczestników, którzy wnieśli odwołanie (podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt. 29), a interes ten nie może ograniczać się wyłącznie do bieżącego „danego postępowania".

Odwołujący wyjaśniał, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej określonej w art. 24 aa ust. 1 Pzp, w której zamawiający może najpierw dokonać oceny ofert a potem zbadać czy wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki uczestnictwa. Zgodnie z informacjami uzyskanym od zamawiającego w postępowaniu zostały złożone trzy oferty: odwołującego, C. H. S.A. oraz A. M. Sp. z o.o. Oferty odwołującego oraz C. H. S.A zostały odrzucone w toku procedury badania i oceny ofert. Oferta A. M. została najwyżej oceniona i w dniu 8 listopada 2017 roku, po uprzednim wezwaniu tego wykonawcy do złożenia w trybie art. 26 ust. 1 Pzp aktualnych dokumentów potwierdzających oświadczenia złożone w dokumencie JEDZ wybrana, jako najkorzystniejsza.

W toku postępowania, A. M. wniósł w dniu 7 września 2017 odwołanie od decyzji zamawiającego dotyczącej ilości przyznanych punktów podczas demonstracji oferowanego systemu, gdyż wykonawca uznawał, że zamawiający, bez uzasadnienia zaniżył możliwą punktację aż o 20 punktów. Odwołujący przystąpił do tego odwołania po stronie zamawiającego. Odwołanie to nie zostało przez zamawiającego uwzględnione w tym zakresie, a następnie zostało przez A. M. cofnięte.

W dniu 11 października 2017 roku odwołujący wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 2140) od czynności zamawiającego dotyczących odrzucenia jego oferty oraz braku odrzucenia

---

oferty A. M. i braku wykluczenia tego wykonawcy z postępowania wobec niewykazania spełniania warunków udziału wynikających z SIWZ. Odwołanie to zostało przez odwołującego następnie cofnięte.

Odwołujący stwierdził, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w związku z zakończeniem przez zamawiającego wszystkich czynności w postępowaniu.

W dniu 8 listopada 2017 roku zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, mimo iż zaszły przesłanki do odrzucenia oferty, którą wybrał i wykluczenia wykonawcy ją składającego, co w konsekwencji, wobec wcześniejszych skutecznych już odrzuceń oferty odwołującego oraz C. H. S.A, w przekonaniu odwołującego, powinno skutkować unieważnieniem postępowania.

Ad. zarzut I naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1.

Odwołujący utrzymywał, że A. M. nie wykazał spełniania warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej według warunków opisanych w SIWZ. Zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający oczekiwał, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się posiadaniem zdolności technicznej lub zawodowej, i jednocześnie określił warunek udziału polegający na zrealizowaniu, bądź realizowaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 (dwa) zamówienia, w których wykonawca:
- wdrożył zintegrowany system informatyczny (elementy części białej medycznej), dostawę sprzętu informatycznego wraz z ucyfrowieniem radiologii o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto
- wykonał dostawę elementów zintegrowanego systemu informatycznego o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto.

Na wezwanie zamawiającego wykonawcy zobowiązani byli dostarczyć dokumenty stanowiące dowody, że dostawy/usługi wymienione w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

A. M. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych zdolności technicznych i zawodowych przedłożył wykaz dostaw obejmujący:
- wdrożenie na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O. projektu „Świat e- usług dla zdrowia - informatyzacja Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O." o wartości przeszło 2 mln zł, realizowanego w terminie wrzesień 2013 - wrzesień 2014 oraz

- wdrożenie na rzecz SPZZOZ w P.(2) projektu na „Dostawę oprogramowania komputerowego wraz z niezbędnym sprzętem, na łączną wartość powyżej 2 mln zł i realizowanego od lutego do czerwca 2015 roku.

15

Odwołujący stwierdził, że żadne z wyżej wymienionych wdrożeń nie potwierdza spełniania przez A. M. wymaganego doświadczenia.

A. Uniwersytecki Szpital Kliniczny w O.

Przedmiotem wdrożenia dla Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O. była dostawa min. oprogramowania RIS, oprogramowanie część biała i część szara, system szpitalny PACS. Najkorzystniejszą ofertę w tym postępowaniu złożyli wykonawcy występujący wspólnie T. V. Sp. z o.o. i S. SA. W toku postępowania A. M. w związku z sukcesją uniwersalną wstąpiła w prawa i obowiązki T. V. Sp. z o.o. O ile odwołujący nie miał wątpliwości co do zgodności z warunkami określonymi przez zamawiającego dla doświadczenia w zakresie wartości wdrożenia oraz jego terminu, o tyle odwołujący w toku procedury badania oferty A. M. w postępowaniu zgłaszał już zamawiającemu swoje wątpliwości odnoszące się do możliwości powołania się tego podmiotu samodzielnie na doświadczenie w realizacji i we wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego (elementy części białej medycznej), dostawę sprzętu informatycznego wraz z ucyfrowieniem radiologii o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto, skoro wdrożenie to realizowane było w ramach konsorcjum (wykonawców składających ofertę wspólną), a wdrażany w tym zakresie produkt nie jest produktem A. M..

Zamawiający jak wynika z dokumentacji postępowania zwrócił się do A. M. o wyjaśnienia w tym zakresie, które wykonawca złożył, a w oparciu o nie - zamawiający uznał, że referencje przedstawione przez A. M. spełniają warunek postawiony -udziału w całości prac. Odwołujący zaznaczał, że zamawiający oparł się również na dotychczasowym orzecznictwie Izby, głównie z lat 2008-2009, z czego wywiódł, że z solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów za wykonanie zamówienia wynika, że doświadczenie nabyte w trakcie pozostawania konsorcjum jest doświadczeniem na równi każdego z jego członków i każdy ma prawo się nim wykazywać. Dodatkowo, w wyjaśnieniach A. M. z dnia 2 listopada 2017 roku twierdziło, że referencyjne zamówienie było wykonywane wspólnie przez obu konsorcjantów, a w związku z tym, że A. M. była liderem konsorcjum jej odpowiedzialność i zadania obejmowały również przekazanie i dokonywanie odbiorów przedmiotu zamówienia w jego pełnym zakresie. Pracownicy A. M., zgodnie z oświadczeniem tego wykonawcy, pełnili również aktywną rolę w realizacji całej umowy, w szczególności zaś konsultowania realizacji całości jej zakresu. A. M. również powołało się na wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 roku (sygn. C-387/14) oraz odwołujące się do niego orzeczenie Izby z dnia 18 września 2017 roku (sygn. KIO 1854/17), potwierdzające jego zdaniem, że czynny udział A. M. w zarządzaniu sprawami konsorcjum, uprawnia go do powoływania się na doświadczenie w realizacji zamówienia przez wykonawców występujących wspólnie.

16

Odwołujący argumentował, że z powołanego orzeczenia TSUE, wynika bezpośrednio, że przyznaje się wykonawcom prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innego podmiotu, takiego jak grupa wykonawców, której był on członkiem, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że wykonawca ten będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tego podmiotu, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia, czyli że będą to zasoby jego własne lub w jakiś sposób jemu dostępne. Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. W konsekwencji TSUE uznało, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli

faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w realizacji tej części zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że powołane orzeczenie Izby nie stoi w sprzeczności ze stanowiskiem TSUE, a konkretyzuje je podkreślając również, że zazwyczaj określonym zakresem prac zajmuje się ten podmiot tworzący konsorcjum, który specjalizuje się w danej dziedzinie i ma odpowiednie doświadczenie zdobyte w innych projektach dotyczących tych prac, stwierdzając jednocześnie, że w każdym przypadku spełnianie warunków udziału należy oceniać przez pryzmat art. 22 ust. 4 i 5 Pzp, a więc jego związania z przedmiotem zamówienia, oraz proporcjonalności i celu dla jakiego został postawiony. Nie sposób też przeoczyć, że odwołanie dotyczyło postępowania na roboty budowlane, których specyfika realizacji jest istotnie odmienna od wdrożeń systemów informatycznych, w szczególności takich, które składają się z komponentów (aplikacji, systemów, oprogramowania), do których majątkowe prawa autorskie nie przysługują jednemu członkowi konsorcjum. Zauważył, że w postępowaniu przed Izbą, którego dotyczy wyrok, odwołanie zostało oddalone z uwagi na brak przedstawienia przez tamtego odwołującego wystarczających dowodów na stawiane twierdzenia, co wprost wskazuje, że uczestnictwo w realizacji wszystkich prac konsorcjum jest jedynie domniemaniem prawnym, które może zostać obalone z uwagi na uwarunkowania realizacji konkretnego zamówienia. Co jednak najistotniejsze, z orzeczenia Izby wynika również, że każdy przypadek należy analizować indywidualnie, a nie stawia on jednej uniwersalnej tezy, w odróżnieniu od powołanego wyżej orzeczenia TSUE.

Reasumując powyższe, w szczególności zaś najnowszą interpretację TSUE przywołaną powyżej odwołujący podnosił, że na etapie badania i oceny oferty ciężar

---

dowodu, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia i bazujący na doświadczeniu uzyskanym w konsorcjum spoczywa na tym wykonawcy. W szczególności zaś musi on wykazać zamawiającemu, że wiedza, którą pozyskał w ramach realizacji takiego zamówienia jest rzeczywiście jego wiedzą, którą może dysponować. Orzeczenie TSUE nie uzależnia również obowiązku wykazania swojego doświadczenia

zamawiającemu od konkretnych zapisów SIWZ czy wymagań nałożonych na wykonawców. Zasadą ogólną bowiem, wynikającą zarówno z dyrektyw jak i Pzp, jest obowiązek spełniania i wykazania spełniania warunków określonych przez zamawiającego w postępowaniu, a wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp podlega w szczególności wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że wykonawca A. M. w żadnym miejscu oferty, w szczególności ani w JEDZ ani też w przedłożonym wraz z JEDZ wykazie nie poinformował zamawiającego, że przedmiot zamówienia dla Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego realizowany był w konsorcjum. Co więcej, A. M. w JEDZ oświadczył, że nie zamierza powierzyć wykonania żadnej z części zamówienia podwykonawcy, ani też nie będzie polegał na zasobach udostępnionych przez innych wykonawców, wskazując poniekąd, że posiada wystarczającą wiedzę do samodzielnego wdrożenia przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności w zakresie ucyfrowienia radiologii. Samo takie działanie konkurenta, odwołujący oceniał jako świadome wprowadzenie zamawiającego w błąd co do spełniania przez A. M. warunków udziału w postępowaniu (naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp).

Dalej odwołujący podnosił z powołaniem na cytowane już wyżej orzeczenie TSUE, że przyznaje się wykonawcom prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innego podmiotu, takiego jak grupa wykonawców, której był on członkiem, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że wykonawca ten będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tego podmiotu, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia. Nawet jeżeli - jak twierdzi A. M. w piśmie z dnia 2 listopada 2017 roku - prace wdrożenia oprogramowania do ucyfrowienia radiologii w Uniwersyteckim Szpitalu Klinicznym w O. były realizowane zarówno przez pracowników A. M. jak i S., to, A. M., poza tym twierdzeniem nie wykazał tego w żaden sposób w postępowaniu. Sam udział w odbiorach, co akurat zostało udokumentowane w protokole odbioru końcowego, nie potwierdza jednak wykonywania jakichkolwiek rzeczywistych prac przez A. M. w odniesieniu do wdrożenia oprogramowania do ucyfrowienia radiologii. Z projektu umowy dotyczącej postępowania dla Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O. wynika, że zarówno zamawiający jak i wykonawca miał wyznaczyć osoby odpowiedzialne za koordynację i realizację umowy nie przypisując im żadnych szczególnych wymagań czy uprawnień mających wpływ na

realizację przedmiotu umowy. Odwołujący podkreślił, że z samego faktu wyznaczenia takiej osoby przez wykonawcę, w szczególności zaś wykonawców występujący wspólnie w postępowaniu nie może wynikać, że osoba ta realizuje konkretne czynności w ramach wdrożenia w pełnym jego zakresie i tym samym nabywa dla jednego z wykonawców doświadczenie na tyle szczególne, by móc powiedzieć, że wdrożyła ona zintegrowany
system informatyczny (elementy części białej medycznej) wraz z ucyfrowieniem radiologii, czy też dalej idąc, że podmiot który ona reprezentuje takie doświadczenie nabył. Wyznaczenie osoby koordynującej wdrożenie, w szczególności, gdy jego przedmiot jest podzielny i przypisany różnym podmiotom, nie stanowi o wspólnym realizowaniu zamówienia w każdej jego części. Wskazywał również, że odbiory prac, czy to częściowe czy końcowy, zgodnie z umową miały odbywać się z udziałem osób wyznaczonych pisemnie przez wykonawcę, nie mniej jednak jak zapisano w umowie, nieobecność tych osób nie wstrzymywała czynności odbiorczych, co jednoznacznie potwierdza, że osoby wyznaczone przez wykonawcę do odbioru nie pełniły w jego toku żadnych szczególnych ról merytorycznych, a zatem nie wiązało się to z nabywaniem wiedzy dotyczącej poszczególnych produktów. Wszelkie zgłaszane błędy czy usterki i tak usuwane były poza procedurą odbiorową, a zatem przedstawiciel A. M. (ani żaden inny ze strony Wykonawcy) nie musiał brać w nich udziału. Jednocześnie zatem, nawet jeżeli osobą wskazaną do odbioru prac i zarządzania realizacją projektu po stronie wykonawcy był pracownik A. M., to nie oznacza to - zgodnie z umową z Uniwersyteckim Szpitalem Klinicznym w O. - że osoba ta oprócz czynności faktycznych miałaby czy też musiałaby posiadać odpowiednią wiedzę i umiejętności dotyczące poszczególnych produktów, w tym oprogramowania służącego cyfryzacji radiologii. Przedstawiony przez A. M. protokół końcowy zbiorczo potwierdza wykonanie umowy i jest dokumentem właściwym dla potwierdzenia wykonania należytego wykonania umowy, jednak nie potwierdza, że to właśnie A. M. dokonywał jakichkolwiek czynności faktycznych dotyczących realizacji wdrożenia - poza formalnym przekazaniem, zgłoszeniem do odbioru - które można by określić mianem wspólnej realizacji zamówienia, jak to twierdzi A. M. w piśmie z dnia 2 listopada 2017 roku. Odwołujący kontynuował, że nie sposób również pominąć faktu, że dostarczane przez konsorcjum A. M. i S. oprogramowanie do ucyfrowienia radiologii było produktem własnym S. - drugiego konsorcjanta. Majątkowe prawa autorskie do oprogramowania RIS i ArPACS, składające się na oprogramowanie do ucyfrowienia radiologii, przysługują S. i był on jedynym podmiotem, który jako producent mógł udzielić licencji na to oprogramowanie a także dostarczyć dokumentację producencką. Oprogramowanie RIS i ArPACS jest również oprogramowaniem standardowym, jego dostarczenie w ramach większego systemu informatycznego nie wymaga przeprowadzenia usług kastomizacyjnych, dostosowujących produkt do potrzeb szpitala. Oprogramowanie jest jedynie łączone z pozostała częścią systemu informatycznego poprzez interfejsy. Oznacza

to, że nawet gdyby dokonywane były przez A. M. jakieś czynności mające związek z integracją oprogramowania RIS i ArPACS spółki S., to nie można uznać, że były to czynności związane z ucyfrowieniem radiologii w ramach zintegrowanego systemu informatycznego.

Reasumując, odwołujący nie przeczył, że zamówienie dla Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie było realizowane wspólnie przez konsorcjantów. Z natury wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego przez konsorcjum, w którym każdy wykonawca dostarcza swoje oprogramowanie, prace te są wykonywane łącznie. To co odwołujący zarzucał A. M., to brak doświadczenia w pełnym wymaganym przez zamawiającego zakresie to jest wdrożeniu oprogramowania dla ucyfrowienia radiologii. Oprogramowanie oferowane przez konsorcjum w tym zakresie jest produktem drugiego konsorcjanta, oprogramowaniem standardowym, nie wytwarzanym dla potrzeb postępowania i zamawiającego, istniejącym w chwili wszczęcia postępowania, którego dostarczenie nie wymaga w ramach tego produktu prowadzenia żadnych prac informatycznych.

Za istotne uznał, że podnoszona przez zamawiającego, jako uzasadnienie wspólnego doświadczenia odpowiedzialność solidarna, w tym przypadku nie potwierdza kompetencji A. M. do wykorzystywania wspólnego doświadczenia jak swojego własnego. Wspólne działanie

członków konsorcjum wymagane jest wyłącznie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie z dyspozycją art. 23 ust. 1 i 2 Pzp. Natomiast realizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego przez konsorcjum podlega ogólnie obowiązującej regulacji przepisów prawa, w tym w szczególności przepisom Kodeksu cywilnego. W praktyce, zatem członkowie konsorcjum dokonują wewnętrznych ustaleń dotyczących podziału i wykonania przez nich poszczególnych części zamówienia, zgodnie ze swoimi zdolnościami, a na podstawie art. 141 Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Podział prac z reguły dokonywany jest najczęściej podziałem produktowym. Jeżeli zatem w ramach realizacji zamówienia oferowany jest produkt, w szczególności do którego majątkowe prawa autorskie przysługują jednemu z wykonawców wspólnych, to nierealne jest twierdzenie, by to drugi wykonawca, dostarczał go, udzielał na niego gwarancji, wspierał jego rozwój, serwisował, szkolił jego użytkowników i dostarczał do niego dokumentację, jak również by to drugi podmiot miał szczególną wiedzę dotyczącą obsługi i wdrożenia takiego produktu. Konsultowanie, zarządzanie pracą nad wdrożeniem, koordynowanie jej, przekazywanie do odbioru przez zamawiającego nie powoduje nabycia realnej wiedzy, którą jakikolwiek zamawiający mógłby uznać za wystarczającą do samodzielnego wykazywania się w postępowaniu, jako zdolnego i posiadającego kompetencje do uzyskania zamówienia. Takie podejście w sposób istotny naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców

wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp, która zakłada w tym przypadku, że nie można postawić znaku równości pomiędzy doświadczeniem podmiotu, który produkował czy wdrażał określone rozwiązanie z wiedzą podmiotu, który tylko takim wdrożeniem zarządzał czy też koordynował. Przedmiotem postępowania nie jest bowiem zarządzanie projektem wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego, tylko jego rozbudowa, między innymi o moduły związane z ucyfrowieniem radiologii.

Podkreślał również to, że odpowiedzialność solidarna w Pzp rozumiana jest zgodnie z postanowieniami Kodeksu cywilnego (stosownie do odwołania z art. 139 ust. 1 Pzp). Regulacja art. 141 Pzp jest zgodna z ogólną zasadą wyrażoną w Kodeksie cywilnym w art. 745 k.c., który stanowi, że jeżeli kilka osób dało lub przyjęło zlecenie wspólnie, ich odpowiedzialność względem drugiej strony jest solidarna. Odpowiedzialność solidarna w przypadku konsorcjum polega na tym, że zamawiający może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich członków konsorcjum łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, co jednak nie musi nastąpić, bowiem zaspokojenie zamawiającego przez któregokolwiek z członków konsorcjum zwalnia pozostałych z obowiązku świadczenia (art. 366 k.c.). Innymi słowy, jeśli każdy z członków konsorcjum należycie realizuje swój zakres prac, inni członkowie nie muszą się realnie angażować w wykonanie całego zamówienia. Jest to jednak regulacja dotycząca stosunku zewnętrznego. Wewnątrz konsorcjum, które nie jest odrębnym podmiotem prawnym - podmiotowość zachowują podmioty wchodzące w jego skład. Jest to forma nawiązania współpracy na zasadzie umowy obligacyjnej, na mocy której strony przyjmują na siebie obowiązki związane ze wspólnym ubieganiem się i wykonaniem zamówienia publicznego w zamian za udział w zysku z realizacji przedsięwzięcia. Jakkolwiek z faktu odpowiedzialności solidarnej wynika potencjalnie obowiązek członka konsorcjum do wykonania zamówienia publicznego w całości, to jednak, o ile wobec członka konsorcjum nie zostanie skierowane żądanie wykonania zamówienia w całości, będzie on wykonywał pracę tylko w części, co do której się umówił z pozostałymi członkami konsorcjum.

B. SPZ ZOZ w P.(2)

Odwołujący podnosił, że A. M., w tym samym wykazie dostaw, zawarł informację o realizacji dostawy dla SPZ ZOZ w P.(2) spełniającej warunek udziału w postępowaniu zapisany w pkt 8.2.3.1.2. SIWZ i odnoszący się do dostawy elementów zintegrowanego systemu informatycznego o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto. A. M. oświadczył w wykazie, iż dostawa ta była realizowana w okresie od lutego do czerwca 2015 roku a jej wartość wynosiła 2.719.161,00 zł brutto.

Odwołujący w trybie dostępu do informacji publicznej uzyskał od SPZ ZOZ w P.(2) formularz cenowy złożony w postępowaniu prowadzonym przez tego zamawiającego i

wynika z niego, że wartość dostarczonego Zintegrowanego Systemu Informatycznego wyniosła jedynie 1.420.035,00 zł brutto, natomiast reszta ceny obejmowała dostawę urządzeń, w tym tabletów medycznych, czytników kodów, drukarek, serwerów, macierzy.

Odwołujący argumentował, że określenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu należy odczytywać przez pryzmat oczekiwanego przedmiotu zamówienia. Wydaje się to oczywiste z uwagi na przepisy Pzp nakazujące określanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je, jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie z powołanym wyżej orzeczeniem TSUE - zdolność techniczną posiada podmiot, który już kiedyś wykonał prace objęte obecnym zamówieniem i wykonał je należycie. Przedmiotem zamówienia w jest rozbudowa Zintegrowanego Systemu Informatycznego, zdefiniowanego w § 2 ust. 5 wzoru umowy jako: Zintegrowany System Informatyczny (zwany dalej ZSI lub Systemem) - system informatyczny wspomagający zarządzanie, w skład którego wchodzą zintegrowane systemy/moduły dziedzinowego oprogramowania aplikacyjnego (np. HIS, RIS, PACS, LIS itd.), działający na sprzęcie komputerowym z wykorzystaniem oprogramowania narzędziowego, udostępniający funkcjonalności opisane w Załączniku nr 1 SIWZ.

Zwrócił uwagę, że w OPZ będącym załącznikiem do SIWZ, zamawiający rozróżnił system informatyczny - jako zbiór powiązanych ze sobą elementów, którego funkcją jest przetwarzanie danych przy użyciu techniki komputerowej od Zintegrowanego Systemu Informatycznego. W skład systemu informatycznego zgodnie z przyjętą definicją wchodzą elementy: sprzęt komputerowy, oprogramowanie narzędziowe, oprogramowanie dziedzinowe, podczas gdy Zintegrowany System Informatyczny nie obejmuje swoim zakresem sprzętu. W postępowaniu elementem niezależnym od dostawy Zintegrowanego Systemu Informatycznego jest dostawa urządzeń, zgodnie z zasadami określonymi w OPZ i projekcie umowy, a także zgodnie z samym tytułem nadanym temu postępowaniu. Mając powyższe na uwadze, podtrzymał twierdzenie, że do dostawy referencyjnego Zintegrowanego Systemu Informatycznego nie należało wliczać wartości dostarczonego sprzętu, a jedynie elementy zawarte w ww. definicjach.

W toku postępowania, zamawiający wystąpił do A. M., który złożył pismo w dniu 2 listopada 2017 roku, ograniczające się do stwierdzenia, że wartość referencyjnego zamówienia jest adekwatna do treści wymogu określonego przez zamawiającego w SIWZ. Nie przedstawił jednak ani żadnego uzasadnienia swoich twierdzeń, ani argumentów na jakich je opierał, ani żadnych dowodów. Również w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 listopada 2017 roku zamawiający, nie odniósł się do wcześniej stawianych w tym zakresie zarzutów względem doświadczenia A. M..

Odwołujący stwierdził, że A. M. nie wykazał spełniania warunków również z zakresie tego wymagania, gdyż wskazane wdrożenie referencyjne ma zbyt małą wartość. W kontekście opisu przedmiotu zamówienia, nie uznał za uprawnione wliczanie do wartości wdrożonego zintegrowanego systemu informatycznego wartości dostarczanego sprzętu, nawet jeżeli jest on niezbędny do jego użytkowania. Podtrzymał, że z tego powodu
zamawiający winien był wykluczyć A. M. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, i na podstawie art. 24 ust. 4 uznać jego ofertę za odrzuconą.

Ad zarzut II naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp

Odwołujący podnosił, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, zamawiający ustanowił jako kryteria oceny ofert cenę z wagą 60% oraz funkcjonalność z wagą 40%. W celu umożliwienia dokonania oceny w kryterium funkcjonalności wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty próbki oferowanego rozwiązania w formie opisanej w załączniku nr 5 do SIWZ „Warunki dotyczące formy próbki” (pkt 10.4 SIWZ) i dodatkowo wraz z ofertą złożyć wypełnione tabele dotyczące opisu funkcjonalności oferowanego rozwiązania.

Celem weryfikacji czy zadeklarowane przez wykonawcę w formularzu ofertowym funkcjonalności oferowanego Systemu są zgodne ze stanem faktycznym (Tabela nr 1) oraz dokonania oceny punktowanych w ramach kryterium oceny ofert (Tabela nr 2) - zamawiający przewidział przeprowadzenie przez wykonawcę demonstracji próbki. Z tej czynności sporządzany był protokół dostępny dla innych wykonawców. Opisując zasady i warunki demonstracji próbki zamawiający przyjął, że wystąpienie jakichkolwiek okoliczności zależnych od wykonawcy, wywołujących skutek w postaci braku demonstracji zgodnie z postanowieniami niniejszego Załącznika dowolnego wymogu zawartego w Tabeli nr 1 będzie

traktowane, jako niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ i spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp (pkt 15 Załącznika nr 5 do SIWZ), a w odniesieniu do Tabeli nr 2 stwierdzenie w toku oceny ofert braku potwierdzenia przedłożonych informacji oczekiwanych w kolumnie „Sposób prezentacji wymogu" dowolnego wymogu w niej zawartego (w przypadku zaznaczenia TAK) będzie traktowane, jako niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ i spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (pkt 16 Załącznika nr 5 do SIWZ). W pozostałych przypadkach w odniesieniu do funkcjonalności opisanych w Tabeli nr 2 i zaprezentowanych podczas demonstracji, zamawiający miał przydzielić punkty stosownie do wyniku prezentacji.

Wykonawca A. M. składając ofertę oświadczył, że oferowane rozwiązanie spełnia wszystkie funkcjonalności przedstawione w opisie przedmiotu zamówienia. W szczególności zaś, A. M. oświadczył w Tabeli nr 2 w wierszach dotyczących Wymagań ogólnych HIS (2 i 3),

że oferowany system HIS umożliwia pracę w modelu dwuwarstwowym i trój warstwowym (webowym) w rozumieniu określonym w wierszach poniżej, zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego. System umożliwia pracę w obu wymienionych wersjach jednocześnie. System, dla modelu trójwarstwowego, działa z poziomu najbardziej popularnych przeglądarek internetowych (np. Mozilla Firefox, Internet Explorer), będących klientem końcowym aplikacji, bez konieczności korzystania z dodatkowych klientów terminalowych np. RDP. Wykonawca oświadczył powyższe w odpowiednim miejscu Tabeli nr 2 wpisując słowo TAK. Zgodnie zatem z określonymi przez zamawiającego zasadami dla funkcjonalności deklarowanych w Tabeli nr 2, w przypadku stwierdzenia w toku oceny ofert braku potwierdzenia przedłożonych informacji oczekiwanych w kolumnie „Sposób prezentacji wymogu" dowolnego wymogu w niej zawartego, zamawiający zobowiązany był uznać niegodność oferty z SIWZ i odrzucić ofertę A. M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z protokołu prezentacji A. M. udostępnionego odwołującemu wynika, że w zakresie tego wymagania, mimo złożonej przez tego wykonawcę jednoznacznej deklaracji odnoszącej się do możliwości pracy systemu HIS w modelu dwuwarstwowym i trój warstwowym (webowym) w rozumieniu określonym przez zamawiającego, nie potwierdzono zgodności deklaracji wykonawcy z dokonaną prezentacją. W celu prezentacji tego wymogu należało przyjąć pacjenta do Izby Przyjęć z wykorzystaniem jednej z wersji systemu (dwuwarstwowej lub trój warstwowej), po czym przyjąć tego pacjenta na oddział z wykorzystaniem drugiej wersji systemu, następnie zaordynować mu dowolny lek z wykorzystaniem pierwszej architektury systemu. W kroku tym należało również pokazać, iż aplikacja wykorzystuje przy kolejnych etapach poprzednio wprowadzone dane. Upraszczając, demonstracja miała wykazać, że można wykorzystać obydwa modele systemu niezależnie. Zamawiający stwierdził natomiast i potwierdził to w protokole demonstracji, że nie zaprezentowano systemu w modelu dwuwarstwowym, a jedynie system w modelu trójwarstwowym aktywowanym ze skrótu na pulpicie przeglądarki internetowej. Jak wynika z przesłanej zbiorczej tabeli oceny ofert, zamawiający jedynie obniżył A. M. liczbę przyznanych punktów, a nie odrzucił jego oferty z postępowania, mimo iż spełnione zostały przesłanki uznania oferty za niezgodną z SIWZ wskazane przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący zwracał uwagę, że A. M. w kwestii rzekomo nieprawidłowej oceny jego oferty w wyżej opisanym zakresie wnosił już odwołanie, zarzucając jednak przyznanie przez zamawiającego - zbyt małej ilości punktów, a tym samym nierówne traktowanie wykonawców. Zdziwienie odwołującego budziło, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie A. M. twierdził z jednej strony (tak jak w protokole z demonstracji), że stwierdzono braki deklarowanych funkcjonalności produktu, a z drugiej jednak była to okoliczność skutkująca jedynie zmniejszeniem liczby punktów. Do postępowania odwoławczego przystąpił odwołujący,

jednak A. M. cofnęła złożone odwołanie, a zamawiający nie dokonał żadnej korekty podjętych decyzji w zakresie zaistnienia okoliczności skutkujących niezgodnością oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zarówno oczekiwania A. M. - co do oceny demonstracji, jak i stanowisko zamawiającego odnośnie obniżenia punktacji nie mają odzwierciedlenia w

zapisach SIWZ, w szczególności zaś przywołanego pkt 16 Załącznika nr 5. Niezgodność oferty konkurenta z treścią SIWZ, w tym przypadku uznał za nieusuwalną i nie podlegającą wyjaśnieniom. Demonstracja nie jest również czynnością, która w postępowaniu mogłaby zostać powtórzona. Zamawiający wskazał w opisie wymagań prowadzonej demonstracji i warunkach przygotowania próbki, że poprzez wpisanie w ostatnią kolumnę Tabeli nr 2 słowa TAK, wykonawca potwierdza:
- spełnienie oznaczonych wymagań dodatkowych przez oferowany System
- przedstawienie oznaczonych wymagań w trakcie prezentacji Systemu po złożeniu oferty
- dostarczenie i wdrożenie oznaczonych wymagań w obrębie zamówienia.

Wpisanie jakiegokolwiek innego słowa lub brak wpisu będzie traktowany przez zamawiającego, jako wpisanie słowa NIE. Te zapisy SIWZ nie zostały zmienione na skutek pytań wykonawców. A. M. w kolumnie 2 i 3 Tabeli nr 2 wpisał słowo TAK, a z protokołu demonstracji wynika, że zamawiający nie uznał tej deklaracji w kontekście przebiegu demonstracji. W ocenie odwołującego, nie sposób, zatem interpretować opisu sytuacji zawartego w protokole demonstracji, inaczej niż brak potwierdzenia istnienia deklarowanej funkcjonalności, a konkretnie braku wykazania istnienia dwóch modeli rozwiązań systemu. Potwierdza to również niewykazanie kolejnego kroku demonstracji (kolumna 3 Tabeli nr 2), powiązanego z powyższym, to jest przeprowadzenia wydruku karty informacyjnej z obu wersji systemu, co jest konsekwencją braku istnienia tych dwóch modeli. Zaistniała sytuacja, potwierdzona protokołem sporządzonym przez zamawiającego, który mimo wniesionego odwołania nie został w żaden skuteczny sposób podważony, co do przebiegu prezentacji oraz faktu, że A. M. nie wykazał istnienia danej funkcjonalności odnoszącej się do systemu HIS, powinna według odwołującego skutkować odrzuceniem oferty. Dodatkowo, zgodnie z zastrzeżeniem zamawiającego w pkt 17 Załącznika nr 5 do SIWZ, że przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mających istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, w szczególności nie potwierdzenie w trakcie demonstracji oświadczeń złożonych w ofercie Wykonawcy, co do właściwości (w tym funkcjonalności) oferowanego ZSI, skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, niezależnie od innych skutków przewidzianych prawem.

25

Dodatkowo odwołujący podnosił również, że zamawiający nierówno traktuje wykonawców w zakresie oceny kryteriów, mimo iż opis procedur zamawiającego w SIWZ był wystarczający i nie budzi wątpliwości. Zarówno odwołujący jak i wykonawca C. H. S.A. prawidłowo i zgodnie z deklaracją wykazali podczas demonstracji funkcjonalność opisaną w wierszu 2 Tabeli nr 2. Odwołujący podkreślał, że

A. M. w przypadku funkcjonalności opisanych w Tabeli nr 2 mógł nie potwierdzić spełniania wymogu, ryzykując jedynie obniżeniem punktacji, nie zaś odrzuceniem jego oferty. Antycypując ewentualną argumentację dotyczącą niezrozumienia wymogu czy sposobu jego zademonstrowania i czynności, jakie miałyby być wykonane, mając świadomość niepowtarzalności demonstracji próbki podczas postępowania, A. M., jak każdy wykonawca, miał możliwość zadania pytań do zamawiającego przed terminem składania ofert, z czego nie skorzystał.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 listopada 2017 r. wnosił o:

1) o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp (jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony) oraz art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp (jako wniesionego po terminie), ewentualnie - z ostrożności, o:
2) oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu podał, co następuje. *„Odnosząc się do zarzutów formalnych, uzasadniających odrzucenie odwołania, wskazać należy, iż Zamawiający podziela w pełni pogląd przystępującego - A. M. Sp. z o.o. zarówno w zakresie utraty przez Konsorcjum K. statusu wykonawcy, jak również w zakresie uchybienia przez ten podmiot terminowi do zaskarżenia czynności wyboru ofert z dnia 29 sierpnia 2017r., brak jest więc zasadności powielania tych samych argumentów czy przytoczonych orzeczeń.*

Jeżeli zaś chodzi o zarzuty podniesione przez Odwołującego, odnośnie referencji wykazanych przez A. M. Sp. z o.o., to w ocenie Zamawiającego, po przeanalizowaniu przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów oraz w świetle orzecznictwa KIO, podmiot ten spełnił przesłankę wykazania się doświadczaniem z tytułu realizacji dwóch zamówień w

konsorcjum z innymi podmiotami. Zgodnie z zapisami SIWZ Wykonawca musi wykazać się, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: zrealizował, bądź realizuje co najmniej 2 (dwa) zamówienia, w których Wykonawca wdrożył zintegrowany system informatyczny (elementy części białej medycznej), dostawę sprzętu informatycznego wraz z ucyfrowieniem radiologii o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto, wykonał dostawę elementów zintegrowanego systemu informatycznego o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto.

26

Dokumenty przedłożone przez A. M. Sp. z o.o. wskazują na realizację przez ten podmiot lub - jego poprzednika prawnego wspólnie w konsorcjum z innymi podmiotami zamówienia „Świat e-usług dla zdrowia - informatyzacja Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O.", które realizowane było od 09.2013 r. do 09:2014 r. na wartość 2 336 748,42 zł brutto, oraz zamówienia dla SPZ ZOZ w P.(2) „Dostawa oprogramowania komputerowego wraz z niezbędnym sprzętem", które realizowane było od 02:2015 r. – 06.2015 r. na wartość 2 719 151,00 zł brutto.

Wskazać również należy, iż Zamawiający nie przyjmuje na zasadzie automatyzmu, iż sam fakt realizacji zamówienia w konsorcjum czy też ponoszenia solidarnej odpowiedzialności przez konsorcjantów oznacza nabycie wymaganego doświadczenia z tytułu realizacji projektu. Zamawiającemu znany jest również wyrok Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14), zgodnie z którym niemożliwe jest „by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której byt członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie, nie uczestniczył w jego realizacji, niemniej jednak w przypadku referencji A. M. Sp. z o.o. z uwagi na udział tego wykonawcy w realizacji wyżej wskazanych dostaw, na podstawie złożonych przez ten podmiot dokumentów Zamawiający stwierdził wykazanie jego udziału, przy całej realizacji zamówienia. Wskazuje na to również specyfika działalności wykonawcy, która odpowiada pełnemu zakresowi realizowanego zamówienia. Oczywiste jest, że dostawca podzespołów elektronicznych nie powinien się powoływać na doświadczenie konsorcjantów odpowiedzialnych za przygotowanie systemu informatycznego, lecz podmiot, który realizuje usługi w zakresie zaprojektowania i wdrożenia systemu oraz jednocześnie zaprojektowania konfiguracji i samej dostawy urządzeń, za pomocą których ten system działa w ocenie Zamawiającego ma prawo powołać się na doświadczenie nabyte podczas realizacji całego zamówienia."

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty przystępującego, korespondencji prowadzonej między zamawiającym a przystępującym, z powiadomienia o wyniku postępowania. Z akt spraw odwoławczych o sygn.: KIO 1861/17 i KIO 2140/17. Izba dopuściła część dowodów zgłoszonych przez odwołującego i przystępującego na rozprawie.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

27

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały, ani nie wnosiły o jego uzupełnienie.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia obejmuje „Rozbudowę Zintegrowanego Systemu Informatycznego wraz z wdrożeniem e-usług i dostawą infrastruktury informatycznej w Centrum Zdrowia Mazowsza Zachodniego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością."

1. TRYB UDZIELENIA ZAMÓWIENIA

1.2. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwróconej", o której mowa w art. 24aa ust. 1 i 2 ustawy PZP.

3. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

3.1. Inwestycja polegać będzie na rozbudowie Zintegrowanego Systemu Informatycznego wraz z wdrożeniem e-usług, system monitorowania bólu i dostawą infrastruktury informatycznej w Centrum Zdrowia Mazowsza Zachodniego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wraz z ucyfrowieniem pracowni radiologii.
3.2. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia został zawarty w: Specyfikacji Technicznej załącznik nr 3 do SIWZ, oraz w Istotnych Postanowieniach Umowy -załączniku nr 4 do niniejszej SIWZ.
3.4. Kody CPV:
3.4.1. CPV 30214000-2- stacje robocze
3.4.2. CPV 30200000-1 - urządzenia komputerowe
3.4.3. CPV 72000000-5 – usługi informatyczne: konsultacyjne, opracowywania oprogramowania, internetowe i wsparcia;
3.4.4. CPV 72263000-6 - usługi wdrażania oprogramowania;
3.4.5. CPV 48000000-8 - pakiety oprogramowania i systemy informatyczne;
3.4.6. CPV 48820000-2 - serwery.
8. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU
8.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu,
8.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (…)
8.2.3. Zdolności technicznej lub zawodowej,
8.2.3.1. Wykonawca musi wykazać się, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: zrealizował, bądź realizuje co najmniej 2 (dwa) zamówienia, w których Wykonawca:

8.2.3.1.1. wdrożył zintegrowany system informatyczny (elementy części białej medycznej), dostawę sprzętu informatycznego wraz z ucyfrowieniem radiologii o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto,
8.2.3.1.2. wykonał dostawę elementów zintegrowanego systemu informatycznego o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto,
10. WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ WYKONAWCY, DOSTARCZYĆ POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ BRAK PODSTAW WYKLUCZENIA
10.1. Do oferty Wykonawca jest zobowiązany dołączyć następujące dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego:
10.1.1. aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie jednolitego dokumentu. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Formularz oświadczenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówień (JEDZ) - załącznik nr 1 do SIWZ.
10.2. wypełniony formularz ofertowy - załącznik nr 2 do SIWZ,
10.3. karty katalogowe /foldery ze zdjęciem (rysunkiem) oferowanych produktów wraz z nazwą producenta i numerami katalogowymi z dokładnym opisem w języku polskim z zaznaczeniem, której pozycji i części zamówienia dotyczą - Zamawiający dopuszcza by karty katalogowe, opisy były na płycie CD.
10.4. próbki oferowanego rozwiązania w formie opisanej w załączniku nr 5 Warunki dotyczące formy próbki.
10.5. Oświadczenie o spełnianiu funkcjonalności przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia (specyfikacja techniczna - załącznik nr 3 do SIWZ) wg. wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ.
10.11. Zamawiający, nie przewiduje możliwości w pierwszej kolejności dokonania oceny ofert, a następnie zbadania czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. (odmiennie było w pkt 2.2.)
10.12. Na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca jest zobowiązany złożyć następujące oświadczenia lub dokumenty:
10.13. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dokumentów oraz potwierdzających okoliczności nie podlegania wykluczeniu:

10.13.5. Wykaz dostaw wykonywanych w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie zrealizował, bądź realizuje co najmniej 2 (dwa) zamówienia, w których Wykonawca:
10.13.5.1. wdrożył zintegrowany system informatyczny (elementy części białej medycznej), dostawę sprzętu informatycznego wraz z ucyfrowieniem radiologii o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto,
10.13.5.2. wykonał dostawę elementów zintegrowanego systemu informatycznego o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto,
10.13.6. Dokumenty stanowiące dowody, że dostawy/usługi wymienione w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie.
14. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY
14.1. Oferta musi być sporządzona w formie pisemnej, zgodnie ze wzorem formularza oferty stanowiącym załącznik Nr 2 do SIWZ
14.2. Wraz z ofertą należy złożyć oświadczenia opisane w Rozdziale 10 niniejszej SIWZ.
14.6. Zamawiający wymaga, aby treść oferty była jednoznaczna i nie przedstawiała propozycji alternatywnych.
15. MIEJSCE ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT
15.1. Oferty należy składać na adres Zamawiającego: Centrum Zdrowia Mazowsza Zachodniego Sp. z o. o. do dnia 03.08. 2017 r.
17. OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW ORAZ SPOSOBU OCENY OFERT.
17.1. Kryteria oceny ofert, jakimi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej:
Cena (C): 60%, Funkcjonalność: (F): 40%
17.2. Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie oraz w SIWZ i została oceniona - jako najkorzystniejsza w oparciu o podane kryterium wyboru.
17.3. Kryterium: Cena (z podatkiem VAT) oznacza cenę za realizacje całego zamówienia.
17.4. Zasady oceny kryterium "Funkcjonalność". W tym kryterium zamawiający będzie oceniał funkcjonalności zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ. Za zaoferowanie rozwiązania spełniającego w pełni powyższe wymaganie, oferta otrzyma max. 40 pkt.

17.5. Łączna ocena punktowa (P) będzie stanowiła sumę punktów uzyskanych we wszystkich wyżej opisanych kryteriach i zostanie obliczona zgodnie wzorem: (…).
20.1. Istotne Postanowienia Umowy zawarte są w załączniku nr 4 do SIWZ.
23. WYKAZ ZAŁĄCZNIKÓW
23.1. Wszystkie załączniki do niniejszej SIWZ stanowią jej integralną część.
1. Załączniki nr 1 Formularz JEDZ
2. Załącznik nr 2 Wzór Formularza Ofertowego
3. Załącznik nr 3 Opis Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacja techniczna
4. Załącznik nr 4 Istotne postanowienia umowy
5. Załącznik nr 5 Warunki dotyczące formy próbki
Załącznik nr 6 Wykaz dostaw 6.
7. Załącznik nr 7 Oświadczenie o spełnianiu funkcjonalności
Wyjaśnienie do zał. nr 3 Opis przedmiotu zamówienia.
Odpowiedź na pytanie 2. Oferowany system HIS musi umożliwiać pracę w modelu dwuwarstwowym i trójwarstwowym (webowym) w rozumieniu określonym w wierszach poniżej, zależnie od bieżących potrzeb zamawiającego. System umożliwia pracę w obu wymienionych wersjach jednocześnie. System dla modelu trójwarstwowego, działa z poziomu najbardziej popularnych przeglądarek internetowych (np. Mozilla, Firefox, Internet Explorer), będących klientem końcowym aplikacji, bez konieczności korzystania z dodatkowych klientów terminalowych, np. RDP.
W odpowiedzi na pytanie 3 zamawiający podtrzymał powyższe wymaganie, przypominając, że opisana funkcjonalność jest parametrem punktowanym.
Załącznik nr 2 Wzór Formularza Ofertowego zawiera oświadczenia: Oferujemy wykonanie

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ (…)
III. 1. W związku z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego niniejszym oświadczam, co następuje:
1.1. Zapoznaliśmy się z SIWZ, w tym z Opisem Przedmiotu Zamówienia oraz Istotnymi postanowieniami umowy i nie wnosimy do nich uwag, (…)
1.3. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z załączonymi do SIWZ Istotnymi Warunkami Umowy i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy na ustalonych tam warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego
2. Oświadczamy, że zamówienie zamierzamy wykonać sami*/ że podwykonawcom zostaną powierzone następujące części zamówienia wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia**: … (...).

---

3. Załącznik nr 3 Opis Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacja techniczna (przewiduje również dostawę urządzeń i sprzętu).
4. Załącznik nr 4 Istotne postanowienia umowy w § 2 ust. 5 wzoru umowy definiuje pojęcie Zintegrowany System Informatyczny:
Zintegrowany System Informatyczny (zwany dalej ZSI lub Systemem) - system informatyczny wspomagający zarządzanie, w skład którego wchodzą zintegrowane systemy/moduły dziedzinowego oprogramowania aplikacyjnego (np. HIS, RIS, PACS, LIS itd.), działający na Sprzęcie Komputerowym z wykorzystaniem Oprogramowania Narzędziowego, udostępniający funkcjonalności opisane w Załączniku nr 1 SIWZ.
Przedmiot umowy według § 2 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy obejmuje dostawę sprzętu komputerowego.
§ 7 ust. 1 wzoru umowy. Wykonawca oświadcza, że przysługują mu wyłączne prawa do udzielenia licencji lub posiada nadane przez jej autora/ właściciela prawa majątkowe do sprzedaży licencji na użytkowanie ZSI.
6. Załącznik nr 6 WYKAZ DOSTAW
Lp.; Zamawiający (nazwa adres); Rodzaj dostaw; (krótka charakterystyka potwierdzająca spełnianie warunku określonego w SIWZ); Okres trwania zamówienia; Wartość usług w PLN
POUCZENIE Art. 297 § 1 KODEKS KARNY: Kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego (…) przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania (…) zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Załączamy dowody dotyczące głównych usług określające czy wskazane usługi zostały wykonane należycie ....
Załącznik nr 7 Oświadczenie o spełnianiu funkcjonalności. W imieniu Wykonawcy oświadczam, iż oferowane przez nas rozwiązanie spełnia wszystkie funkcjonalności przedstawione w opisie przedmiotu zamówienia - specyfikacja techniczna - stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. POUCZENIE Art. 297 § 1 KODEKS KARNY - jak wyżej.
Załącznik Nr 5 do SIWZ - Warunki dotyczące formy próbki oferowanego oprogramowania
Opis zasad przygotowania i przeprowadzenia demonstracji oraz punktacji ofert w kryterium nr 2 „Funkcjonalność”.
1. Zamawiający przeprowadza demonstrację celem weryfikacji, czy zadeklarowane przez Wykonawcę w formularzu ofertowym funkcjonalności oferowanego Systemu są zgodne ze

---

stanem faktycznym (Tabela nr 1) oraz dokonania oceny punktowanych w ramach kryterium oceny ofert (Tabela nr 2).
2. Celem przeprowadzenia demonstracji Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć wraz z ofertą próbkę systemu umożliwiającą weryfikację wszystkich wymogów wskazanych w Tabeli nr 1 oraz wymogów, których realizację w ramach oferty deklaruje (Tabela nr 2).
3. Próbkę należy opracować w oparciu o postanowienia niniejszego Załącznika w sposób umożliwiający zaprezentowanie wszystkich wymaganych właściwości zgodnie z postanowieniami kolumny „Sposób prezentacji wymogu".
4. Demonstracja odbędzie się w siedzibie Zamawiającego w obecności Komisji Przetargowej, powołanej przez Zamawiającego. Na demonstrację będą wzywani wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

5. Nie przewiduje się w Demonstracji udziału stron trzecich, w szczególności innych Wykonawców.
6. Wymaga się, żeby próbka była zabezpieczona odpowiednimi hasłami, które Wykonawca będzie zobligowany pozostawić Zamawiającemu wraz z Próbką. Po Demonstracji - zostaną załączone do protokołu postępowania na okoliczność ewentualnego postępowania dowodowego.
7. Wykonawca zobowiązany będzie do przeprowadzania demonstracji rozwiązania na ekranie z użyciem, co najmniej jednego rzutnika multimedialnego w sposób umożliwiający obserwację Weryfikacji wszystkim obecnym na niej osobom.
8. Przeprowadzenie Demonstracji będzie udokumentowane pisemnym protokołem przez włączenia go do akt sporządzonym Zamawiającego celem postępowania przetargowego. Wykonawca ma prawo oczekiwać zamieszczania w protokole złożonych przez siebie oświadczeń lub zastrzeżeń.
9. Dopuszcza się nagrywanie przez Zamawiającego przebiegu demonstracji kamerą video i/lub innymi środkami audiowizualnymi. Przedstawiciele Wykonawcy nie będą upoważnieni do rejestracji przebiegu demonstracji w postaci audio-video.
10. Zamawiający oczekuje, że Demonstracja nie będzie trwała dłużej, niż 4 godziny. Zamawiający zaleca stawienie się Wykonawcy z wyprzedzeniem ok. 30 minut od wyznaczonego terminu celem konfiguracji środowiska testowego. Niestawienie się Wykonawcy w wyznaczonym terminie będzie uznane za niezgodność oferty z SIWZ i oferta taka zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.
11. Wykonawca jest zobligowany do zasilenia bazy danych wszystkimi niezbędnymi danymi umożliwiającymi prezentację wymogów określonych w Tabeli 1 i 2. Wraz z danymi w

---

systemie muszą zostać uprzednio predefiniowane katalogi, słowniki, parametry systemu. Prezentacja ma zostać przeprowadzona zgodnie z zasadą, że wymogi z Tabeli 1 i 2, które nie wymagają egzystencji w systemie wcześniej występujących zdarzeń lub procedur są prezentowane na danych pacjenta przyjętego do placówki w trakcie prezentacji. Natomiast wymogi wymagające wcześniejszej ewidencji takich zdarzeń lub odnoszące się do grupy pacjentów winne być prezentowane na danych minimum dwóch pacjentów, którym uprzednio naniesiono niezbędne dane i skonfigurowano aplikację w sposób umożliwiający prezentację wymogów uwzględnionych w tabelach.
12. Demonstracja będzie odbywała się na środowisku demonstracyjnym przygotowanym przez Wykonawcę na komputerze PC typu laptop stanowiącym próbkę. Dostarczona próbka z ofertą musi zawierać także inne niezbędne oprogramowanie: system operacyjny, motor bazy danych, oprogramowanie narzędziowe, wtyczki oraz elementy systemu oceny bólu (w tym pilot). Zamawiający dysponuje projektorem multimedialnym oraz zasilaniem elektrycznym, które Wykonawcy udostępni.
13. Zamawiający ma prawo żądać zmodyfikowania wartości parametrów, bądź danych wprowadzanych do systemu na wartości podane przez niego, celem sprawdzenia czy demonstrowana funkcjonalność nie jest przez Wykonawcę symulowana.
14. Zamawiający ma prawo zadawać pytania Wykonawcy w zakresie prezentowanych wymogów funkcjonalnych, mające na celu ustalenie czy dana funkcjonalność jest rzeczywiście realizowana.
15. Wystąpienie jakichkolwiek okoliczności zależnych od Wykonawcy, wywołujących skutek w postaci braku demonstracji zgodnie z postanowieniami niniejszego Załącznika dowolnego wymogu zawartego w Tabeli nr 1 będzie traktowane, jako niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ i spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.
16. Stwierdzenie w toku oceny ofert braku potwierdzenia przedłożonych informacji oczekiwanych w kolumnie „Sposób prezentacji wymogu" dowolnego wymogu zawartego w Tabeli nr 2 (w przypadku zaznaczenia TAK) będzie traktowane, jako niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ i spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.
Wykonawca w tabeli 2 załącznika 5 zobowiązany był oznaczyć w poszczególnych pozycjach, że daną funkcjonalność oferuje przez zaznaczenie „TAK", lub „NIE", jeżeli danej funkcjonalności nie oferował, gdyż było to dozwolone. Wykonawca mógł otrzymać punktację w skali do 40 pkt.

34

17. Przedstawienie przez Wykonawcę informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego mających istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, w szczególności nie potwierdzenie w trakcie demonstracji oświadczeń złożonych w ofercie Wykonawcy, co do właściwości (w tym funkcjonalności) oferowanego ZSI, skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP, niezależnie od innych skutków przewidzianych prawem.
1.1. Funkcje wymagane - [Tabela Nr 1]
Lp. Obszar; Wymaganie; Sposób prezentacji wymogu (opisano poszczególne funkcjonalności obligatoryjne wymagane i sposób ich przedstawienia w trakcie demonstracji próbki - celem potwierdzenia ich spełniania przez oferowany system.
1.2. Funkcje punktowane - [Tabela Nr 2]
(opisano poszczególne funkcjonalności opcjonalne i sposób ich przedstawienia celem potwierdzenia ich spełniania przez oferowany system w trakcie demonstracji próbki.
Poprzez wpisanie w ostatnią kolumnę tabeli słowa TAK, Wykonawca potwierdza:
- spełnienie oznaczonych wymagań dodatkowych przez oferowany System
- przedstawienie oznaczonych wymagań w trakcie prezentacji Systemu po złożeniu oferty
- dostarczenie i wdrożenie oznaczonych wymagań w obrębie zamówienia.
Wpisanie jakiegokolwiek innego słowa lub brak wpisu będzie traktowany przez Zamawiającego, jako wpisanie NIE.
Lp. Obszar; Wymaganie; Sposób prezentacji wymogu; Punkty; Spełnia; TAK/NIE
1.1. Wymagania ogólne HIS
Administrator posiada możliwość rekonfiguracji formularzy wskazanych w procesie wdrożenia, w szczególności podpięcie wywołania innych formularzy lub raportów pod przyciski występujące na formularzach. Funkcja powinna być dostępna co najmniej na karcie pobytu pacjenta oraz w dokumentacji medycznej wskazanej w procesie wdrożenia.
W celu prezentacji wymogu należy: Z poziomu dokumentacji medycznej, przyciskiem wywołać formularz badania przedmiotowego, następnie zmienić konfigurację i wywołać wywiad lekarski użytym poprzednio przyciskiem.
5.2.2. Wymagania ogólne HIS
Oferowany system HIS musi umożliwiać pracę w modelu dwuwarstwowym i trójwarstwowym (webowym) w rozumieniu określonym w wierszach poniżej, zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego.

35

System umożliwia pracę w obu wymienionych wersjach jednocześnie. System, dla modelu trójwarstwowego, działa z poziomu najbardziej popularnych przeglądarek internetowych (np. Mozilla Firefox, Internet Explorer), będących klientem końcowym aplikacji, bez konieczności korzystania z dodatkowych klientów terminalowych np. RDP
W celu prezentacji wymogu należy: przyjąć pacjenta do Izby Przyjęć z wykorzystaniem jednej z wersji systemu, po czym przyjąć tego pacjenta na oddział z wykorzystaniem drugiej wersji systemu, następnie zaordynować mu dowolny lek z wykorzystaniem pierwszej architektury systemu. W kroku tym należy pokazać, iż aplikacja wykorzystuje przy kolejnych etapach poprzednio wprowadzone dane.
10.3.2. Wymagania ogólne HIS
W przypadku odpowiedzi TAK w pkt. 2 powyżej:
Zmiana wartości parametrów konfiguracyjnych widziana jest na bieżąco przez obie wersje systemu, wersję dwuwarstwową i trójwarstwową.
W celu prezentacji wymogu należy: Przedstawić wydruk karty informacyjnej z obu wersji systemu. Następnie zmienić kolejność wydruku pozycji karty informacyjnej w jednej z wersji systemu i przedstawić wydruk karty. Po czym zalogować się do drugiej wersji i przedstawić wydruk karty informacyjnej, dla tego samego wypisu pacjenta.
10.4.3. Wymagania ogólne HIS Przegląd obiektów bazy danych blokowanych przez sesje użytkowników.
W celu prezentacji wymogu należy: Należy zalogować się do aplikacji jako użytkownik, rozpocząć edycje dowolnego rekordu związanego z dokumentacją medyczną. Otworzyć drugą sesję jako administrator i przedstawić widok zablokowanych obiektów w bazie danych, przez poprzednio otwartą i nadal trwającą sesję użytkownika.

Oferty złożyli:

1. konsorcjum firm: 1. K. I. Sp. z o.o.; 2. K. K. Sp. z o.o. z siedzibą w P., przydzielona punktacja 91,57 (oferta odrzucona 3 października 2017r.).
2. A. M. Sp. z o. o. z siedzibą w W., punktacja przydzielona 80 pkt (oferta wybrana 8 listopada 2017 r.).
3. C. H. S.A. z siedzibą w K. - oferta odrzucona 29 sierpnia 2017r.

Dokumenty oferty A. M. Sp. z o. o. potwierdzają, że przystępujący złożył oświadczenie o zaoferowaniu wszystkich obligatoryjnie wymaganych funkcjonalności według załącznika 7 (w OPZ - zał. nr 3 do SIWZ) oraz w załączniku nr 5 punkt 1.1. Tabela 1 Funkcje wymagane.

36

W zakresie pkt 1.2 załącznika nr 5 w Tabeli nr 2 potwierdził zaoferowanie wszystkich fakultatywnie wymaganych funkcjonalności poprzez oznaczenie we wszystkich pozycjach słowa „TAK".
Wykonawca A. M. Sp. z o. o. zaoferował, między innymi, poniższe funkcjonalności z tabeli 2 prezentacji systemu według opisu załącznika 5, poz. 2 i 3:
Oferowany system HIS musi umożliwiać pracę w modelu dwuwarstwowym i trójwarstwowym (webowym) w rozumieniu określonym w wierszach poniżej, zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego. „TAK"
System umożliwia pracę w obu wymienionych wersjach jednocześnie. System, dla modelu trójwarstwowego, działa z poziomu najbardziej popularnych przeglądarek internetowych (np. Mozilla Firefox, Internet Explorer), będących klientem końcowym aplikacji, bez konieczności korzystania z dodatkowych klientów terminalowych np. RDP „TAK".
Potwierdził wszystkie funkcjonalności opcjonalne, wpisując słowo „TAK" we wszystkich pozycjach.
W toku wykonanej dnia 10 sierpnia 2017 r. prezentacji odnośnie oferty wykonawcy A. Zamawiający w sporządzonym protokole prezentacji systemu z tabeli 2, poz. 2 3 : stwierdza, że: *„Według Zamawiającego wykonawca nie zaprezentował wersji w modelu dwuwarstwowym. W opinii Zamawiającego wykonawca zaprezentował wersję w modelu trzywarstwowym odpalaną ze skrótu na pulpicie z parametrami trybu pełnoekranowego (Full Screen) przeglądarki internetowej co jest niezgodne z wymaganiami."*
Odnośnie poz. 3 z tabeli 2 zamawiający stwierdził w protokole z prezentacji próbki systemu przystępującego, że: *„ze względu na negatywną ocenę w punkcie 2 - ten punkt również w ocenie zamawiającego nie został spełniony."*
Załączone do informacji o wyborze oferty zarówno przy pierwotnym wyborze jak i wyborze z dnia 08.11.2017 - Tabelach oceny ofert, potwierdzają poniższe.
Zarówno w kwalifikacji kolejności ofert z dnia 29 sierpnia 2017 r., jak i z powiadomienia z dnia 8 listopada 2017 r. o wyborze oferty wykonawcy A. wynika, że zamawiający nie przydzielił ofercie wykonawcy A. maksymalnej ilości punktów według SIWZ - 40 p-któw, ale 20, uznając, że nie wszystkie funkcjonalności opcjonalne zostały wykazane podczas prezentacji próbki.
Wykonawca A. M. w swojej ofercie złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, zawierający m.in. wykazanie dostaw referencyjnych. W wykazie tym zawarł informację o realizacji dostawy dla Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O. spełniającej warunek udziału w postępowaniu zapisany w pkt 8.2.3.1.1. SIWZ, o wartości 2 336 748,42 zł brutto.

37

Wykonawca A. M., w tym samym wykazie dostaw, zawarł informację o realizacji dostawy dla SPZ ZOZ w P.(2) spełniającej warunek udziału w postępowaniu zapisany w pkt 8.2.3.1.2. SIWZ.
W dniu 29 sierpnia 2017 r. zamawiający wybrał ofertę wykonawcy konsorcjum firm: 1. K. I. Sp. z o.o.; 2. K. K. Sp. z o.o.
Dnia 07.09.2017 r. wykonawca A. wniósł odwołanie kwestionując m.in. przydzieloną jego ofercie punktację w zakresie kryterium Funkcjonalność - domagał się przyznania 40 pkt, zamiast 20. Ponadto, zaskarżył zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum K. I..
Przystąpienie do wszczętego postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, złożyło konsorcjum K. (sygn. akt: KIO 1861/17).
Zamawiający dnia 18.09.2017 r. uwzględnił ww. odwołanie m.in. w zakresie zarzutu

zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum K.. Podał, że dokona ponownej czynności oceny ofert.
Wykonawca A. cofnął odwołanie w zakresie nieuwzględnionym, a konsorcjum K. nie złożyło sprzeciwu, co do uwzględnienia odwołania w części, w związku z powyższym KIO postanowieniem z dnia 21.09.2017 r. umorzyła postępowanie (sygn. akt: KIO 1861/17).
Zamawiający i odwołujący na rozprawie potwierdzili, że odwołanie A. z 07.09.2017 r. dotyczyło zarzutów niewłaściwej oceny jego oferty i przyznania zbyt małej ilości punktów, tj. 20 zamiast 40. Powyższemu przystępujący nie zaprzeczał, że wycofał swoje odwołanie, mimo, że zamawiający nie uwzględnił zarzutu zbyt małej punktacji jego oferty w kryterium Funkcjonalności. Punktacja ta przez zamawiającego została podtrzymana w dalszym toku czynności.
Dnia 03.10.2017 r. zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania z dnia 07.09.2017 r. podjął czynność odrzucenia oferty konsorcjum K. i unieważnił czynność wyboru tej oferty.
Dnia 03.10.2017 r. zamawiający nie dokonał wyboru oferty wykonawcy A. Sp. z o.o.
Zamawiający wezwał A. M. Sp. z o.o. do złożenia na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp tzw. dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, w terminie do 13.10.2017r.
Wykonawca A. M. Sp. z o.o. złożył wymagane dokumenty w zakreślonym terminie dnia 12.10.2017 r. W tym wykaz dostaw oraz referencje.
Dnia 12.10.2017 r. konsorcjum K. I. złożyło odwołanie (sygn. akt KIO 2140/17) na czynność odrzucenia jego oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty A. oraz zaniechanie wykluczenia A., podnosząc wobec wykonawcy A. te same zarzuty, co w niniejszej sprawie, tj.:
„Zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

---

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez z odrzucenie oferty Odwołującego, mimo, że niezgodności jego oferty z specyfikacją istotnych warunków zamówienia podlegały poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp;
2) art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp poprzez zaniechanie zastosowania przepisu tego artykułu i brakiem poprawienia w ofercie Odwołującego niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, mimo, że poprawki te nie powodowałyby istotnych zmian w treści oferty;
Jak również, z ostrożności procesowej:
1) art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i faktu, że pozostałe oferty w postępowaniu bądź już zostały odrzucone, bądź powinny zostać odrzucone;
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. M. Sp. z o.o., mimo faktu, że oferta tegoż Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niezgodności tych nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pzp, a także została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z postępowania;
3) art. 7 ust. 1 pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności wobec odrzucenia oferty Odwołującego, mimo, że oferta ta nie powinna zostać odrzucona i nie odrzucenia oferty wykonawcy A. M. Sp. z o.o., mimo, faktu, że oferta ta odrzuceniu podlegała.
Biorąc pod uwagę powołane zarzuty i ich uzasadnienie zawarte w dalszej części odwołania, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:
1) Unieważnienie czynności z dnia 3 października 2017r. odrzucenia oferty Odwołującego;
2) Dokonanie ponownej oceny ofert, a w jej toku:
a) Zastosowania dyrektywy art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp poprzez poprawienie w ofercie Odwołującego innej omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty;
b) Zastosowania dyrektywy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 pzp wobec oferty A. M. Sp. z o.o., tj. odrzucenia tej oferty gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak również w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;

c) Po wyczerpaniu procedur opisanych w lit. a i b ponowny wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, o ile nie zaistnieją okoliczności opisane w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp.
39

---

3) Z ostrożności, Odwołujący alternatywnie, w sytuacji gdyby argumenty za przywróceniem oferty Odwołującego nie zostały uwzględnione, wnosił o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp, tj. z uwagi na fakt, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. (…) Niezależnie od powyższego w interesie odwołującego jest, żeby postępowanie zostało
przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami. Alternatywnie, w sytuacji gdyby argumenty odwołującego w zakresie ważności jego oferty nie znalazły uznania i oferta ta miała zostać prawomocnie odrzucona, interes Odwołującego przejawia się również w tym, że Zamawiający powinien w takiej sytuacji unieważnić całe postępowanie, a Odwołujący miałby szansę na uzyskanie danego zamówienia w kolejnym postępowaniu. W szczególności wobec faktu, że pozostałe oferty w postępowaniu już zostały odrzucone, albo też winny zostać odrzucone. Należy tutaj podkreślić, że interes Wykonawcy w unieważnieniu postępowania z celem uzyskania danego zamówienia w kolejnych postępowaniach znajduje uznanie w wyrokach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a w szczególności z 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 (Fastweb), czy też z 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 (Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH).
Jako uzasadnienie wniosku o nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego A. M. Sp. z o.o. odwołujący podał, co następuje: *„Z ostrożności, w przypadku braku uwzględnienia argumentacji, co do oferty Odwołującego, wnosimy o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp, tj. z uwagi na fakt, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W szczególności w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty: oferta Odwołującego, oferta C. H. S.A. i oferta A. M. Sp. z o.o. Oferta Odwołującego została odrzucona w dniu 3 października 2017r., z czym polemizujemy, oferta Comarchu została prawomocnie odrzucona w dniu 29 sierpnia 2017r., a oferta A. M. takiemu odrzuceniu podlega, co dalej postaramy się uargumentować. W takiej sytuacji Zamawiający, nie posiadający żadnej ważnej oferty, winien unieważnić postępowanie, czego nie uczynił, naruszając przy tym art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp. W tym miejscu należy wskazać, że Odwołujący nie miał wcześniej interesu w unieważnianiu postępowania, jak również w odrzucaniu oferty A. M., ponieważ oferta Odwołującego została uznana za korzystniejszą i prawidłową, wobec czego nie było podstaw ani do przeciągania postępowania, ani też nie zaistniały okoliczności, że brak odrzucenia oferty A. M. godził w jakikolwiek interes Odwołującego. Taki stan zaistniał dopiero wobec odrzucenia oferty Odwołującego.*
Oferta A. M. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, tj. z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nieprawidłowości tych nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz, że została złożona przez Wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie
40

---

art. 24 ust. 1 pkt 12 wobec nie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu i art. 24 ust. 1 pkt 16 wobec faktu, że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. W szczególności w zakresie niezgodności oferty A. M. z wymaganiami SIWZ należy wskazać, ze Wykonawca ten złożył w ofercie informację, że oferowany przez niego system HIS umożliwia pracę zarówno w systemie dwuwarstwowym jak i trójwarstwowym, co w toku wykonanej dnia 10 sierpnia 2017 r. prezentacji okazało się informacją nieprawdziwą, a Zamawiający w sporządzonym protokole wprost stwierdza, że „Wykonawca nie zaprezentował wersji w modelu dwuwarstwowym". Ponadto niezgodność ta, wobec braku zaprezentowania wersji dwuwarstwowej, skutkowała jednocześnie brakiem spełnienia wymagania „zmiana wartości parametrów konfiguracyjnych widziana jest na bieżąco przez obie wersje systemu, wersję dwuwarstwową i trój warstwową", co również protokołem potwierdził sam Zamawiający.
Należy tutaj podkreślić, że ten rodzaj błędów został wprost wskazany w załączniku nr 5 do

SIWZ jako bezwzględna podstawa do odrzucenia oferty Wykonawcy. W szczególności w załączniku nr 5 do SIWZ w części 1 pkt 16 zapisano: Stwierdzenie w toku oceny ofert braku potwierdzenia przedłożonych informacji oczekiwanych w kolumnie „Sposób prezentacji wymogu" dowolnego wymogu zawartego w Tabeli nr 2 (w przypadku zaznaczenia TAK) będzie traktowane, jako niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ i spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.
Ponieważ dokładnie taka sytuacja miała miejsce podczas prezentacji oferty spółki A. M., oferta ta winna zostać bezwzględnie odrzucona.
Jednocześnie należy wskazać, że Wykonawca A. M. w swojej ofercie złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, zawierający m.in. wykaz dostaw. W wykazie tym zawarł informację o samodzielnej realizacji dostawy dla Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie spełniającej warunek udziału w postępowaniu zapisany w pkt 8.2.3.I.I. SIWZ, o wartości 2 336 748,42 zł brutto. Należy podkreślić, że informacja ta jest niezgodna z prawdą, gdyż dostawa ta została zrealizowana przez podmioty T. V. Sp. z o.o. i S. S.A. O ile, jak się wydaje A. M. jest prawnym następcą spółki T. V., o tyle nie ma żadnych powiązań ze spółką S., nie może zatem polegać na doświadczeniu zdobytym przez tego Wykonawcę. Należy tutaj wskazać, że w postępowaniu prowadzonym na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O. spółka S. realizowała część zamówienia polegającą na ucyfrowieniu radiologii, a co za tym idzie to ta spółka, a nie T. V. czy A. M., uzyskała doświadczenie w tym zakresie. W efekcie A. M. nie może wykazać się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w pkt 8.2.3.1.1. SIWZ w zakresie

---

wymaganego przedmiotu wdrożenia. Co więcej Wykonawca ten nie mógł nie wiedzieć o tym fakcie, a zatem świadomie zataił informację lub co najmniej poprzez rażące niedbalstwo wprowadził Zamawiającego w błąd co do faktu samodzielnego wykonania dostawy polegającej na wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego (elementy części białej medycznej), dostawie sprzętu informatycznego wraz z ucyfrowieniem radiologii o wartości zafakturowanej co najmniej 2.000.000,00 zł brutto, a w konsekwencji co do spełniania warunku udziału w postępowaniu.
Ponadto, Wykonawca A. M., w tym samym wykazie dostaw, zawarł informację o realizacji dostawy dla SPZ ZOZ w P.(2) spełniającej warunek udziału w postępowaniu zapisany w pkt 8.2.3.1.2. SIWZ. Odwołujący, uzyskał jednak informacje, które podważają to twierdzenie A. M.. Otóż, zgodnie z uzyskanymi przez nas informacjami całość wdrożenia zrealizowanego na rzecz SPZ ZOZ w P.(2) miała wartość 2 719 161,00 zł brutto, przy czym wartość ta obejmowała również wartość dostarczonego sprzętu informatycznego, a sama wartość dostarczonego Zintegrowanego Systemu Informatycznego wyniosła jedynie 1.420.035,00 zł brutto, tj. znacznie poniżej wymaganej wartości dla warunku udziału w postępowaniu. Należy tutaj wskazać, że sam Zamawiający Centrum Zdrowia Mazowsza Zachodniego Sp. z o.o. w § 2 ust. 5 wzoru umowy zdefiniował co rozumie poprzez Zintegrowany System Informatyczny: Zintegrowany System Informatyczny (zwany dalej ZSI lub Systemem) - system informatyczny wspomagający zarządzanie, w skład którego wchodzą zintegrowane systemy/moduły dziedzinowego oprogramowania aplikacyjnego (np. HIS, RIS, PACS, LIS itd.), działający na Sprzęcie Komputerowym z wykorzystaniem Oprogramowania Narzędziowego, udostępniający funkcjonalności opisane w Załączniku nr 1 SIWZ.
Mając na uwadze powyższą definicję należy jednoznacznie wskazać, że do dostawy Zintegrowanego Systemu Informatycznego, co najmniej w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Zdrowia Mazowsza Zachodniego Sp. z o.o., nie można było wliczać wartości dostarczonego sprzętu, a jedynie elementy zawarte w ww. definicji. Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że Wykonawca A. M. nie spełnia również warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.2.3.1.2. SIWZ".

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19.10.2017 r. w sprawie Sygn. akt: KIO 2140/17 zamawiający podnosił, że (…) *„następnie wezwał wykonawcę A. do uzupełnienia dokumentów do 13 października 2017 r. Wykonawca A. obowiązek ten (art. 26 ust. 1 Pzp) dopełnił w terminie.* Podał, że: *„do chwili obecnej nie przeprowadził czynności weryfikacji uzupełnionych dokumentów, tym samym nie sposób prowadzić obecnie teoretycznych rozważań, czy oferta A. Sp. z o.o. będzie podlegała odrzuceniu, czy też nie, oraz na podstawie jakich przesłanek zostanie to stwierdzone. Odwołujący niejako antycypuje tu stanowisko Zamawiającego, natomiast Zamawiający stanowiska tego do chwili obecnej*

jeszcze nie przedstawił. Nie ma więc obecnie czynności Zamawiającego w tym zakresie, podlegającej zaskarżeniu. Należy również podkreślić, że czynność ta po jej dokonaniu - będzie mogła zostać zaskarżona przez uczestników postępowania, inicjując odrębne postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Tym samym merytoryczne odniesienie się do czynności, która nie zaistniała jest niemożliwe."

Dnia 23.10.2017 r. konsorcjum K. I. wycofało ww. odwołanie.

Dnia 24.10.2017 r. KIO umorzyła postępowanie (sygn. akt KIO 2140/17).

Zamawiający pismem z dnia 27.10.2017 r. wezwał A. M. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień nawiązujących do zarzutów przedstawionych w odwołaniu konsorcjum K. I., w zakresie prawidłowości przedstawionych referencji.

W odpowiedzi z dnia 03.11.2017 r. wykonawca A. M. Sp. z o.o. podał, co następuje: *„Przede wszystkim zarzuty te należy uznać za całkowicie bezpodstawne i gołosłowne, niepoparte nie tylko jakimiś dokumentami, ale choćby jakąkolwiek argumentacją. Lektura tego odwołania prowadzi do wniosku, że zarzut ten jest oparty tylko i wyłącznie na przypuszczeniach odwołującego, a nie rzeczywistej wiedzy. Faktem jest, że zamówienie realizowane na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O. pn. „Świat e-usług dla zdrowia - informatyzacja Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O.", było wykonywane przez A. w konsorcjum z S. S.A. (dalej „S."). Podkreślenia jednak wymaga to, że zamówienie to wykonywane było wspólnie przez obu konsorcjantów, a w konsekwencji A. ma prawo do posługiwania się doświadczeniem nabytym przy realizacji zamówienia w pełnym jego zakresie. W szczególności, ale nie wyłącznie czynności wdrożeniowe, w tym także w odniesieniu do produktu przeznaczonego do ucyfrowienia radiologii wykonywane były zarówno przez pracowników A. jak i S.. Spółka A. była Liderem konsorcjum odpowiedzialnym nie tylko za reprezentowanie konsorcjum przed zamawiającym, ale i za rozliczenia, w tym fakturowanie (wszystkich prac), za przekazanie i dokonywanie odbiorów przedmiotu zamówienia (także w pełnym zakresie łącznie z produktem przeznaczonym do ucyfrowienia radiologii), złożenie odpowiednich zabezpieczeń, finansowanie realizacji zamówienia.*

Ponadto A. oraz jej pracownicy pełnili aktywną rolę w realizacji całej umowy, w tym zakresie koordynacji realizacji całości zamówienia, przygotowywania odpowiedniej całości radiologii) dokumentacji, konsultowania realizacji (łącznie z ucyfrowieniem przedmiotu zamówienia oraz osobistego udziału w tych czynnościach. Powyższe oznacza, że wbrew sugestiom K. I., udział A. w całości realizacji przedmiotu zamówienia miał aktywny charakter, a A. zdobyła odpowiednie doświadczenie w pełnym zakresie jego realizacji, a nie tylko w części. Tym samym zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (por. wyroki KIO z

02.09.2011 r., KIO 1794/11, z dnia 18.08.2011, KIO 1661/11) może posługiwać się doświadczeniem w całym zakresie prac.

Powyższe nie stoi także w sprzeczności z wyrokiem TSUE z dnia 04.05.2017 r. (C-387/14), albowiem A. brało udział w czynnościach dotyczących wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego, także w zakresie związanym z ucyfrowieniem radiologii. Warto także zauważyć, że KIO w wyroku z dnia 18.09.2017 r. (KIO 1854/17) analizując m.in. orzecznictwo TSUE (w tym wyżej powołany) wskazała, że warunkiem możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (wyrok TSUE z 18 lipca 2007 r., sprawa C-399/05). W niniejszej sprawie niewątpliwie z takim czynnym udziałem mieliśmy do czynienia. Ponadto w tym samym wyroku KIO uznała, że możliwość badania czynności wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów w ramach innego zamówienia możliwa jest tylko i wyłącznie wówczas gdyby postanowienia siwz (postępowania, w którym wykonawca legitymuje się doświadczeniem) dopuszczały taką możliwość. W niniejszym postępowaniu siwz takiej możliwości nie przewiduje. W odrębnym piśmie z tej samej daty podał, że zaprzecza twierdzeniom konsorcjum K. I. dotyczącym rzekomego niespełnienia wymogu z pkt. 8.2.3.1.2 SIWZ. Wartość zamówienia zrealizowanego przez A. w wskazanego na spełnienie tego warunku była adekwatna do treści tego wymogu."

Dnia 08.11.2017 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty przystępującego: A. M. Sp. z

o.o. oraz podał uzasadnienie tej czynności.
„W związku podniesionymi zarzutami w odwołaniu z dnia 11.10.2017 r. przez Wykonawcę K. I. Sp. z o. o. Zamawiający dokonał badania referencji, które przedstawił Wykonawca A. M. Sp. z o. o. W piśmie z dnia 27.10.2017 r. Zamawiający wezwał A. M. do odniesienia się do zarzutów podniesionych przez K. I..
Zamawiający uważa, że referencje Wykonawcy A. M. Sp. z o.o. spełniają warunek postawiony w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej."
Zamawiający przedstawił w załączeniu odpowiedź Wykonawcy A. M. co do prawidłowości ww. referencji. „Orzecznictwo *Krajowej Izby Odwoławcze wskazuje, że członek konsorcjum, będąc solidarnie odpowiedzialnym za realizację całego zamówienia, nabywa doświadczenie w jego realizacji nie zaś tylko doświadczenie związane z pewnym zakresem prac, jakie wykonał samodzielnie. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2008 r. (KIO/UZP 99/08) wskazano: "Bezsprzecznie konsorcjantowi przysługuje prawo posługiwania się dokumentami (referencjami) udzielanymi z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum, do wykazania swego doświadczenia, co spełnia wymagana z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. (...). Nie można bowiem odmówić konsorcjantowi prawa do doświadczenia nabytego w*

---

ramach konsorcjum przy inwestycji realizowanej jako całości, przy jednoczesnej zgodzie na zawiązywanie konsorcjum celem spełniania warunku określonego przez Zamawiającego. Powyższe działanie pozbawia bowiem konsorcjantów prawa do wykazywania się doświadczeniem w ramach wspólnie realizowanego przedsięwzięcia. Ponadto, co nie mniej istotne, a może nawet najważniejsze, przyjęcie innego stanowiska jak prezentowane pozbawiałoby małe i średnie przedsiębiorstwa - uzyskania tak cennego dla nich doświadczenia w obrocie gospodarczym." W postanowieniu w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2008 r. (KIO/UZP 886/08) stwierdzono: „(...)niemożność wykazania się przez wykonawcę wykonanymi robotami, które faktycznie wykonywał, tyle że w konsorcjum, byłoby sprzeczne z jego ideą, logiką, ale i z zasadami prawa zamówień publicznych, w tym również zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, (...)". W kolejnej sprawie Krajowa izba Odwoławcza wydając wyrok z dnia 5 października 2009 r. (KIO/UZP 1187/09) wskazano, że: „(...) uczestnik konsorcjum jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówienia, a doświadczenia tego nie można ograniczać jedynie do czynności faktycznie wykonywanych w ramach inwestycji (...). W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2009 r. (KIO/UZP 111/09) czytamy: „(…) Skoro bowiem istnieje możliwość zawiązania konsorcjum w celu spełniania warunku, należy dać każdemu z członków konsorcjum prawo do wykazywania się doświadczeniem, mimo że de facto nabyte ono zostało w konsorcjum, tym bardziej, że zgodnie z art. 141 ustawy Pzp, wykonawcy występujący w konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy, (...)". Podobnie stwierdzono w wyroku Krajowej Izy Odwoławczej z dnia 22 marca 2010 r. (K1O 176/10): "(...) wykonawcy przysługuje prawo do powoływania się na doświadczenie w realizacji całego przedmiotu zamówienia, mimo że zamówienie wykonane zostało wspólnie z innymi podmiotami tworzącymi konsorcjum.(...)".
Mając na względzie solidarną odpowiedzialność konsorcjantów za wykonane zamówienie, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wskazują na konieczność uwzględnienia w stosunku do poszczególnych członków konsorcjum doświadczenia zdobytego w trakcie jego realizacji. Wynika z tego wniosek, że doświadczenie nabyte w trakcie pozostawania w konsorcjum jest doświadczeniem każdego z jego członków i każdy ma prawo się nim wykazywać odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu.
Z przedstawionych przez A. M. Sp. z o. o. referencji wynika, iż podmiot ten (lub jego poprzednik prawny) wykonał dla Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O. zamówienie „świat e-usług dla zdrowia - informatyzacja Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O.", które realizowane było od 09.2013 r. do 09.2014 r. na wartość 2 336 748.42 zł brutto. Zamówienie to było wykonywane przez A. w Konsorcjum z S. SA Spółka A. M. była liderem

---

konsorcjum. Drugim zamówieniem, które wykonał A. M. Sp. z o. o. jest „Dostawa oprogramowania komputerowego wraz z niezbędnym sprzętem" dla SPZ ZOZ w P.(2), które realizowane było od 02.2015 r. -06.2015 r. na wartość 2 719 161,00 zł brutto.

W konsekwencji uwzględniając przedstawiony stan faktyczny, w tym informacje przedstawione w piśmie z dnia 02.11.2017 r., zgodnie z utrwalonym poglądem Krajowej Izby odwoławczej w tym zakresie, w ocenie Zamawiającego referencje przedstawione przez A. M. spełniają wymagania określone w SIWZ."
Odwołujący zgłosił dowody na rozprawie - z dokumentacji, udostępnionej przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w O., odnośnie dostawy referencyjnej:
nr 1 wykonawcy A., w ramach której odwołujący przedstawił:

a) formularz cenowy, na okoliczność, że oprogramowanie moduł RIS i PACS są oprogramowaniami, którego producentem jest drugi konsorcjant, tj. S. S.A., a nie A.,
b) protokół końcowy wykonania zamówienia - na okoliczność, że zamówienie zostało wykonane, a A. brał udział w odbiorze,
c) projekt umowy w tamtym postępowaniu - gdzie stwierdza się, że producent udziela licencji,
d) wydruk ze strony internetowej S. S.A. - że oprogramowanie RIS i PACS jest produktem firmy S. S.A.

- dokumenty uzyskane przez odwołującego, dotyczące drugiej dostawy referencyjnej A. dla SPZ ZOZ w P.(2) - formularz cenowy - gdzie odwołujący oznaczył na zielono wartość tej dostawy - odnoszoną do sprzętu.
Izba nie dopuściła wnioskowanego dowodu z pkt 1 a, c i d:

a) formularz cenowy, który zdaniem odwołującego ma potwierdzać, że oprogramowanie moduł RIS i PACS są oprogramowaniami, którego producentem jest drugi konsorcjant, tj. S. S.A., a nie A.,
c) projekt umowy w tamtym postępowaniu - gdzie stwierdza się, że producent udziela licencji,
d) wydruk ze strony internetowej - że oprogramowanie RIS i PACS jest produktem firmy S. S.A.

- gdyż są to okoliczności bezsporne, a dowód jest bezprzedmiotowy, tak samo okolicznością bezsporną jest to, że firma S. była producentem oznaczonego oprogramowania.
Dowody wnioskowane przez odwołującego, dotyczące drugiej dostawy referencyjnej A. dla SPZ ZOZ w P.(2) - formularz cenowy - gdzie oznaczono na zielono wartość tej dostawy - odnoszoną do sprzętu - były bezprzedmiotowe, gdyż okoliczność ta pozostawała bezsporna.
46

Przystępujący wnioskował o dopuszczenie dowodów złożonych na rozprawie z:
1. Oświadczenia firmy S. S.A., w którym stwierdzono, że zamówienie referencyjne na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O. było wykonywane przez konsorcjum firm: S. S.A. oraz T. V. Sp. z o.o. (poprzednika prawnego przystępującego), które potwierdza aktywny udział tego podmiotu w całości zamówienia.
2. Faktury VAT wystawionej przez I. Sp. z o.o.,(która została przejęta przez A.) za usługi integracji z systemem MOL w Szpitalu Klinicznym w O.

Izba dopuściła ww. dowody przedstawiane przez wykonawcę A. dotyczące zakresu prac integracji i wdrożeń w odniesieniu do usługi referencyjnej dla Uniwersyteckiego Szpitala w O. oraz zakresu prac wykonywanych przez poszczególne podmioty, potwierdzające wspólne wykonywanie tego zamówienia przez obydwu uczestników konsorcjum oraz firmę I. Sp. z o.o., (przejętą przez A.), którzy opracowali różne moduły oprogramowania, w tym dla ucyfrowienia radiologii, i w ramach zamawianego systemu MOL „Świat e-usług dla zdrowia" dokonali ich integracji.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, skoro dowodził, że oferta wykonawcy A. M. Sp. z o.o. została wybrana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, zatem interes odwołującego sprowadzał się do odrzucenia oferty konkurenta i unieważnienia postępowania oraz ponownego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie - po wszczęciu nowej procedury przetargowej, co potwierdza aktualne orzecznictwo TS UE przytaczane na wstępie uzasadnienia wyroku.

Do ad zarzutu I naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy A. M. Sp. z o.o., mimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału określonych przez zamawiającego w SIWZ w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia.

Wykonawca A. M. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w

zakresie posiadanych zdolności technicznych i zawodowych przedłożył wykaz dostaw obejmujący wdrożenie na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O. projektu „Świat e- usług dla zdrowia - informatyzacja Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O." o wartości przeszło 2 mln zł, realizowanego w terminie wrzesień 2013 - wrzesień 2014 oraz wdrożenie na rzecz SPZ ZOZ w P.(2) projektu na „Dostawę oprogramowania komputerowego wraz z niezbędnym sprzętem," na łączną wartość powyżej 2 mln zł, wykonanego w okresie od lutego do czerwca 2015 roku.

47

Opierając się na dyspozycjach zawartych w SIWZ, odnośnie usług referencyjnych, które miały odpowiadać przedmiotowi tego zamówienia, tzn. miały obejmować zarówno dostarczenie systemu - jako zbioru zintegrowanych produktów informatycznych, jak i oznaczonego sprzętu, na którym to oprogramowanie miało funkcjonować, nie zachodziły podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy A. M. Sp. z o.o., gdyż wykazał on spełnienie warunków udziału określonych przez zamawiającego w SIWZ w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia, tak poprzez przedstawione dokumenty, jak i udzielone wyjaśnienia.

W świetle przeprowadzonego postępowania dowodowego, potwierdzenie znalazły oświadczenia przystępującego, że brał on (jego poprzednicy prawni) udział w pracach merytorycznych, gdyż w wykonanie projektu „Świat e- usług dla zdrowia - wymagało jego zintegrowania ze środowiskiem informatycznym Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w O. oraz w obrębie systemu Medicus On Line - MOL (wymagało zintegrowania modułów) dostarczanych w ramach danego postępowania referencyjnego. Oprócz modułu Argus, których producentem był T. V., firma S. była producentem modułu Arpaks. Te wszystkie moduły razem składały się na zamawiany system informatyczny, podlegały integracji i dostosowaniu do potrzeb tamtejszego zamawiającego, co wykonała firma A., jako następca prawny firm: I. Sp. z o.o. (podwykonawca) i T. V..

Zamawiający dopuścił z oczywistych względów, żeby wykonawca, który nie jest producentem proponowanego oprogramowania mógł je zaoferować w oparciu o udzielone mu prawa zależne, tj. licencje. Za wiarygodne Izba uznała oświadczenia, że przystępujący w ramach praw licencyjnych ma prawo oferować produkty firmy S., w tym moduł Arpaks.

Wiarygodne były wyjaśnienia przystępującego z dnia 2 listopada 2017 r., w których twierdził, że referencyjne zamówienie było wykonywane wspólnie przez obu konsorcjantów, a w związku z tym, że A. M. był liderem konsorcjum jego odpowiedzialność i zadania obejmowały również przekazanie i dokonywanie odbiorów przedmiotu zamówienia w jego pełnym zakresie. Pracownicy A. M., pełnili również aktywną rolę w merytorycznej realizacji całej umowy.

W § 2 ust. 5 wzoru umowy zamawiający zdefiniował co rozumie poprzez Zintegrowany System Informatyczny, (zwany dalej ZSI lub Systemem) - system informatyczny wspomagający zarządzanie, w skład którego wchodzą zintegrowane systemy/moduły dziedzinowego oprogramowania aplikacyjnego (np. HIS, RIS, PACS, LIS itd.), działający na Sprzęcie Komputerowym z wykorzystaniem Oprogramowania Narzędziowego, udostępniający funkcjonalności opisane w Załączniku nr 3 do SIWZ.

Ogólnie za system informatyczny przyjmuje się zbiór powiązanych ze sobą elementów, którego funkcją jest przetwarzanie danych przy użyciu techniki komputerowej. W

48

---

skład wchodzą elementy: sprzęt komputerowy, oprogramowanie narzędziowe i oprogramowanie dziedzinowe. Zgodnie z ogólnymi regułami, tego typu produkty mają mieć charakter otwarty i umożliwiający integrację, rozwój i wsparcie oraz dostosowanie do potrzeb zmawiających publicznych przez różnych wykonawców, nie tylko takich, którzy byli twórcami dotychczas posiadanego lub zamawianego przez zamawiającego oprogramowania.

W świetle powyższego, odnośnie dostawy referencyjnej A. M. nr 2 dla ZOZ w P.(2) należało stwierdzić, że wartość tej dostawy była odpowiednia, gdyż zamawiający nie wymagał odliczenia wartości sprzętu.

W każdym przypadku spełnianie warunków udziału należy oceniać przez pryzmat art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, a więc jego związania z przedmiotem zamówienia, oraz proporcjonalności i celu dla jakiego został postawiony, tj. wykazania odpowiedniego

minimalnego poziomu zdolności do należytego wykonania zamówienia.
Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 nie znalazł potwierdzenia.

Do ad zarzutu II dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca A. M. Sp. z o.o. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia.

Skoro przystępujący nie złożył nieprawdziwego oświadczenia, odnośnie deklarowanego doświadczenia przy realizacji wskazanych zamówień referencyjnych, co Izba oceniła w odniesieniu do zarzutu poprzedzającego, nie mógł ostać się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp - przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z omawianej przyczyny, gdyż wykonawca A. M. Sp. z o.o. swoim działaniem nie wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia.

Do ad zarzutu III dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, w szczególności zaś poprzez oświadczenie o spełnianiu przez oferowane rozwiązanie informatyczne punktowanych funkcjonalności, podczas gdy w trakcie demonstracji próbki oferowanego rozwiązania A. M.

Sp. z o.o. istnienia tych funkcjonalności nie potwierdził, a zamawiający przewidział w SIWZ w takiej sytuacji wykluczenie wykonawcy z udziału w przetargu.

Izba ten zarzut uznała za zasadny. Przystępujący poprzez informacje, podane w załączniku 5 Tabela 2, że oferowany system w całości spełnia wszystkie podane funkcjonalności punktowane - wprowadził zamawiającego w błąd, przy tym były to informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Sam fakt, że przystępujący, wpisał w pozycje 2 i 3 w Tabeli 2 zał. 5, iż oferowany przez niego jego system spełnia podane tam wymagania - oznaczał obowiązek wykazania tego podczas prezentacji - skoro jednak A. nie zdołał tego potwierdzić w trakcie prezentacji, oznacza że jego oświadczenie było obiektywnie nieprawdziwe i dla takiej sytuacji zamawiający wprost przewidział sankcje w postaci wykluczenie wykonawcy z udziału w przetargu. Skoro więc zamawiający o takich konsekwencjach uprzedził w wykonawców w SIWZ, to powinien tych warunków dotrzymać. Niezależnie od zapisów SIWZ, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez swój imperatywny charakter, stanowiący że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu - nie pozostawiał zamawiającemu wyboru, w przypadku stwierdzenie takich faktów.

Warunki prezentacji były takie same dla wszystkich wykonawców. Zamawiający udostępniał jedynie projektor i energię elektryczną. Demonstracja była prowadzona przez wykonawcę na jego sprzęcie i oprogramowaniu. W odróżnieniu do przystępującego, pozostali wykonawcy, tj. odwołujący oraz C. H. S.A. - zdołali wykazać spełnienie wszystkich funkcjonalności opcjonalnych Tabeli 2 zał. 5, które oznaczyli słowem „TAK". Przystępujący A. nie wniósł żadnych uwag do protokołu prezentacji, odnośnie oceny przedstawionej próbki. Nie sposób, zatem doszukać się innych przyczyn, jak lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, przy zadeklarowaniu właściwości systemu, co do którego nie zweryfikował, czy będzie w stanie je wykazać w wymagany sposób.

Do ad zarzutu IV dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty A. M. Sp. z o.o. za ofertę odrzuconą.

Zarzut ten Izba uznała za zasadny - jako konsekwencje naruszenia przepisów, wskazanych w zarzucie poprzedzającym nr III. Przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaję się za odrzuconą.

Do ad zarzutu V naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty A. M. Sp. z o.o., jako oferty, której treść nie

odpowiada treści SIWZ, w związku ze stwierdzeniem przez zamawiającego w toku oceny
50

---

ofert na demonstracji próbki oferowanego rozwiązania A. M. Sp. z o.o. braku potwierdzenia przedłożonych informacji oczekiwanych w kolumnie „Sposób prezentacji wymogu" dowolnego wymogu zawartego w Tabeli nr 2 wskazanego jako realizowanego przez oferowane rozwiązanie informatyczne, podczas, gdy zamawiający zastrzegł w SIWZ, że taki brak będzie skutkował odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a nie obniżeniem punktacji.

Dokumenty oferty A. M. Sp. z o. o. potwierdzają, że przystępujący swoim oświadczeniem w zakresie pkt 1. 2 załącznika nr 5 w Tabeli nr 2 i potwierdził zaoferowanie wszystkich fakultatywnie wymaganych funkcjonalności poprzez oznaczenie we wszystkich pozycjach słowa „TAK".

Wykonawca A. M. Sp. z o. o. zaoferował, między innymi, poniższe funkcjonalności z Tabeli 2 - prezentacji systemu według opisu załącznika 5, poz. 2 i 3: Oferowany system HIS musi umożliwiać pracę w modelu dwuwarstwowym i trójwarstwowym (webowym) w rozumieniu określonym w wierszach poniżej, zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego „TAK". System umożliwia pracę w obu wymienionych wersjach jednocześnie. System, dla modelu trójwarstwowego, działa z poziomu najbardziej popularnych przeglądarek internetowych (np. Mozilla Firefox, Internet Explorer), będących klientem końcowym aplikacji, bez konieczności korzystania z dodatkowych klientów terminalowych np. RDP „TAK".

W toku wykonanej dnia 10 sierpnia 2017 r. prezentacji w odniesieniu do oferty wykonawcy A. zamawiający w sporządzonym protokole prezentacji systemu z Tabeli 2, poz. 2, 3: stwierdził, że: *„Według Zamawiającego wykonawca nie zaprezentował wersji w modelu dwuwarstwowym. W opinii Zamawiającego wykonawca zaprezentował wersję w modelu trzywarstwowym odpalaną ze skrótu na pulpicie z parametrami trybu pełnoekranowego (Full Screen) przeglądarki internetowej co jest niezgodne z wymaganiami."*

Odnośnie poz. 3 z Tabeli 2 zamawiający stwierdził w protokole z prezentacji próbki systemu przystępującego, że: *„ze względu na negatywną ocenę w punkcie 2 - ten punkt również w ocenie zamawiającego nie został spełniony."*

Zarówno w kwalifikacji kolejności ofert z dnia 29 sierpnia 2017 r., jak i z powiadomienia z dnia 8 listopada 2017 r. o wyborze oferty wykonawcy A. wynika, że zamawiający nie przydzielił ofercie wykonawcy A. maksymalnej ilości punktów według SIWZ - 40 p-któw, ale 20, uznając, że nie wszystkie funkcjonalności opcjonalne zostały wykazane podczas prezentacji próbki.

W SIWZ, w pkt 16 załącznika 5 odnoszącego się do Tabeli 2, zamawiający podał, iż: „Stwierdzenie w toku oceny ofert braku potwierdzenia przedłożonych informacji, oczekiwanych w kolumnie Sposób Prezentacji Wymogu dowolnego wymogu, zawartego w
51

Tabeli 2 (w przypadku zaznaczenia „TAK" będzie traktowane, jako niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ i spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy (…) Prawo zamówień publicznych." Zamawiający nie wykazał, iż przytaczany zapis SIWZ byłby sprzeczny z jakimkolwiek innym imperatywnym przepisem prawa, pozwalającym tym samym na jego pominięcie.

Zdaniem Izby, skoro zamawiający nie przyznał ofercie przystępującego punktacji za funkcjonalności w pozycji 2 i 3 Tabeli 2 załącznika 5 - to jest to okoliczność przyznana przez zamawiającego w rozumieniu art. 190 ust. 5 Pzp, że oferowany przez przystępującego A. system takich funkcjonalności nie posiada, ponieważ nie zostały one wykazane podczas prezentacji - niezależnie od tego, co było tego przyczyną. Nie można było uznać usprawiedliwienia przystępującego A., że ze względu na warunki prowadzenia prezentacji nie było możliwe wykazanie funkcjonalności, które faktycznie dany system posiadał. Jak już wspomniano wyżej, przystępujący, mimo takiej możliwości, żadnych uwag do protokołu prezentacji nie przedstawił.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że działanie zamawiającego, ograniczające się tylko do przyznania ofercie przystępującego A. - ilości 20 punktów, zamiast 40, było niewystarczające w odniesieniu do warunków, sformułowanych w tym postępowaniu w pkt 16 i 17 załącznika 5, stanowiącego integralną część SIWZ, gdyż w takim przypadku zamawiający przewidział odrzucenie oferty wykonawcy.

Nie mogła zostać uwzględniona argumentacja zamawiającego, że w sprawie sygn.

akt: KIO 1861/17, uwzględnił żądania ówczesnego odwołującego A. - *„nakazania badania ofert w sposób zgodny z SIWZ i wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej".* Faktem jest, że reakcją zamawiającego było - potrzymanie punktacji 20, wcześniej przydzielonej ofercie przystępującego. Zamawiający nie potrafił odpowiedzieć na pytanie, dlaczego nie podwyższył punktacji ofercie przystępującego po uwzględnieniu jego odwołania w sprawie Sygn. akt: KIO 1861/17, mimo iż takie żądanie wykonawca ten przedstawił w odwołaniu. Żądnie wyboru oferty odwołującego się wykonawcy, w przypadku uwzględnienia odwołania - nie podlega wykonaniu, jeżeli oferta taka nie została jeszcze w całości zweryfikowana, czego zamawiający miał świadomość, biorąc po uwagę jego stanowisko w odpowiedzi na odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO 2140/17.

Powyższe, świadczy, że zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania przystępującego A. w sprawie sygn. akt: KIO 1861/17, lub nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu.

Jedynym sposobem wykazania zgodności treści oferty wykonawcy A. M. Sp. z o.o. z treścią SIWZ było doprowadzenie (w drodze korzystania ze środków ochrony prawnej) do

52

---

podwyższenia jej punktacji w kryterium Funkcjonalność - do poziomu 40 punktów, wobec zadeklarowania w ofercie przystępującego spełnienia wszystkich funkcjonalności opcjonalnych w Tabeli 2 złożonego załącznika nr 5. W celu demonstracji wykonawca był, bowiem zobowiązany przedłożyć wraz z ofertą próbkę systemu dla weryfikacji wszystkich wymogów wskazanych w Tabeli 1 oraz wymogów, których realizację w ramach oferty zadeklarował (Tabela 2). Wynik badania próbki w zakresie Tabeli 2, był zatem podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli mimo złożonych oświadczeń, nie zdołał wykazać w pełni tych właściwości systemu, które dobrowolnie zadeklarował. W warunkach tego zamówienia, każdy wykonawca, w sytuacji, kiedy nie był zdolny wykazać wszystkich oferowanych funkcjonalności według załącznika 5 Tabela 2, miał możliwość wpisania słowa „NIE" przy oznaczonej pozycji, czego skutkiem byłoby tylko obniżenie punktacji, a nie odrzucenie oferty, natomiast wpisanie słowa „TAK" - bez wykazania, powodowało skutki przewidziane w SIWZ, tj. odrzucenie oferty.

Zamawiający nie był uprawniony, aby na etapie oceny ofert odstępować od wymagań, postawionych w SIWZ, gdyż zaprzeczałoby to zasadniczym regułom przejrzystości procedury przetargowej, świadczyłoby o nierównym traktowaniu wykonawców, albo prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany SIWZ po upływie terminu składania ofert. W treści orzeczenia C-223/16 TS UE wskazał, że: *„Z jednej strony zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szansę przy formułowaniu ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane takim samym warunkom. Z drugiej strony obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanymi wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia".*

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty A. M. Sp. z o.o. jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ - znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy.

Do ad zarzutu VI naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

53

Zamawiający określił kryterium Funkcjonalność i zasady oceny oferty wykonawcy według tego kryterium, które zakładały odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego w toku oceny ofert - na demonstracji próbki oferowanego rozwiązania - braku potwierdzenia przedłożonych informacji oczekiwanych w kolumnie „Sposób prezentacji

wymogu" dla dowolnego wymogu zawartego w Tabeli

nr 2

wskazanego, jako realizowanego przez oferowane rozwiązanie informatyczne. Zamawiający w odniesieniu do oferty przystępującego A. odstąpił od zapowiedzianego sposobu oceny oferty, zatem naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

Do ad zarzutu VII naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania wobec niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W konsekwencji uwzględnienia części zarzutów poprzedzających, należało uznać, że odwołujący wykazał podstawy do odrzucenia oferty przystępującego, a zarazem podstawy do unieważnienia postępowania z braku ważnych ofert, zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Błędne były założenia przystępującego, że skoro został sam w postępowaniu, to nie miał interesu w tym, żeby kwestionować przyznaną mu punktację, ponieważ pozostawało to bez wpływu na wybór jego oferty. Zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku TS UE z dnia 11 maja 2017 r. sygn. akt C -131/17: „odrzucony *oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."*

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, i orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 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, z 2017 poz. 47).

Przewodniczący: …...……...