Sygn. akt KIO 257/17

WYROK
z dnia 24 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki
Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 17 i 22 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2017 r. przez wykonawcę: **Comarch Healthcare S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Siedlcach, ul. Kilińskiego 29, 08-110 Siedlce**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
1. SEDKOMP sp. j. S., S., ul. Czerwonego Krzyża 41, 08-110 Siedlce;
2. Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Siedlcach unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy: Comarch Healthcare S.A. w Krakowie,
1.1. nie uwzględnia pozostałych zarzutów odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Siedlcach, ul. Kilińskiego 29, 08-110 Siedlce, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Comarch Healthcare S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Siedlcach, ul. Kilińskiego 29, 08-110 Siedlce na rzecz wykonawcy: Comarch Healthcare S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Siedlcach.**

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 257/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Siedlcach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i dostawa programowego rozwiązania informatycznego budującego usługi elektroniczne z zainstalowaniem i wdrożeniem oraz dostawę i zakup składników doposażenia* środowiska *informatycznego Zamawiającego z rozmieszczeniem,*

i tego dla wytwarzania zainstalowaniem wdrożeniem doposażenia niezbędnym i udostępniania tych usług w projekcie „eZdrowie *SPZPOZ w Siedlcach na miarę XXI wieku"* realizowanym przez SPZOZ w Siedlcach w ramach Działania 2.1 E-Usługi dla Mazowsza Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp", lub „ustawa".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 września 2016 r. pod nr 2016/S 187- 335328.

I. Odwołujący – Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie – wniósł odwołanie na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, od:

1. odrzucenia oferty Odwołującego – z uwagi na nieuznanie przez Zamawiającego w toku prezentacji próbki (oprogramowania) spełnienia dwóch obligatoryjnych (tzw. dopuszczających) kryteriów nr 11 i 12 dotyczących integracji, w wyniku nie uznania demonstracji tych wymagań z uwagi na ocenę, że demonstracja w tym zakresie polegała na zastosowaniu łączności zdalnej tj. dostarczeniu rozwiązania nieautonomicznego, co jest sprzeczne z pkt 26 Regulaminu prezentacji, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp;
2. zaniechania przedstawienia Odwołującemu wyniku oceny oferty w kryterium funkcjonalnym poprzez nieprzedstawienie które informacji, funkcjonalności z zaprezentowanych w ramach prezentacji nie zostały przez Zamawiającego uznane i z jakiego powodu, skutkiem czego Odwołujący nie ma wiedzy co do szczegółowej oceny jego oferty w tym kryterium ani co do przyczyn przyznania mu określonej liczby punktów, co jednocześnie uniemożliwia Odwołującemu weryfikację i ewentualne złożenie odwołania od przyznanej mu, zaniżonej w ocenie wykonawcy punktacji, co narusza art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp;
3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum: SEDKOMP sp. j. S. S. Siedlce (lider konsorcjum) i Asseco Poland S.A. Rzeszów (członek konsorcjum), dalej „Asseco",

pomimo że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp;
4. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Asseco, pomimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp;
5. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Asseco, pomimo że złożenie oferty przez tego wykonawcę jest niezgodne z ustawą, czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

II. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu *(żądania cytowane z odwołania):*

1. unieważnienia czynności oceny ofert w zakresie oceny spełniania kryteriów oceny oferty, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz przyznania Odwołującemu i Asseco określonej w informacji o odrzuceniu oferty liczby punktów w poszczególnych kryteriach;
2. odrzucenia oferty Asseco;
3. poinformowania Odwołującego o przyznanych jego ofercie w ramach oceny kryterium funkcjonalnego w poszczególnych pozycjach scenariusza weryfikowanego na prezentacji punktach oraz o pozycjach, którym odmówiono uznania i nie przyznano, pomimo ich zaprezentowania, przypisanych im punktów z podaniem przyczyn ich nieuznania;
4. dokonanie ponownej czynności oceny ofert w zakresie kryteriów oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i z wyeliminowaniem oferty Asseco jako odrzuconej.

III. W związku z podniesionymi zarzutami celem przygotowania rozprawy, Odwołujący wniósł o:

1. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia Izbie oraz Odwołującemu kopii zapisu audiowizualnego przebiegu prezentacji Odwołującego, przed wyznaczeniem terminu rozprawy;
2. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia Izbie kopii zapisu audiowizualnego przebiegu prezentacji Asseco z możliwością jej odtworzenia;

3. zobowiązanie Zamawiającego do odtworzenia na rozprawie zapisu audiowizualnego przebiegu prezentacji Odwołującego w zakresie 2 funkcjonalności w ramach tzw. kryteriów dopuszczających, tj. nr 11 *„Integracja rejestru struktury organizacyjnej z odpowiadającym rejestrem HIS (ang. Hospital Information System)”* i 12 „Integracja *rejestru personelu z odpowiadającym rejestrem HIS”* – z wyłączeniem obecności Asseco w razie jego przystąpienia;

4. zobowiązanie Zamawiającego do odtworzenia na rozprawie zapisu audiowizualnego przebiegu prezentacji Asseco w zakresie dodatkowych funkcjonalności o jakie rozszerzono próbkę i prezentację w stosunku do treści oferty na dzień składania ofert;
5. przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków w osobach T. K. i R. G. (zawiadomienie na adres Odwołującego) na okoliczność:
   1) przebiegu prezentacji w zakresie wymagań 11 i 12,
   2) sposobu zaprezentowania wymagań 11 i 12,
   3) sposobu zaprezentowania wymagania nr 1 obszaru Kalkulacja kosztów leczenia (KKL) i Budżetowanie (B) o brzmieniu: *„KKL: Dane rozliczeniowe pacjenta dotyczące zrealizowanych na jego rzecz* świadczeń”;
6. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w specjalności Informatyka – systemy informacyjne, programowanie i sieci komputerowe – w oparciu o próbkę prezentowaną na prezentacji Odwołującego (na którą składa się zestaw 2 laptopów z wgranym oprogramowaniem aplikacyjnym podlegającym badaniu – na okoliczność stwierdzenia czy:
   1) zaprezentowane rozwiązanie spełnia wymagania dotyczące integracji rejestrów struktury organizacyjnej oraz personelu wskazane w punktach 11 i 12 poprzez zademonstrowanie jak moduł, który pokrywa funkcjonalność systemu Opieka@Szkoła integruje się z dopuszczonym przez Zamawiającego systemem odgrywającym rolę systemu HIS,
   2) przedstawione w trakcie prezentacji mechanizmy pozwalają potwierdzić, że wykorzystywany system HIS może zostać zastąpiony dowolnym innym systemem, który obsługuje komunikację zgodnie z zaprezentowanymi definicjami komunikacji.

IV. Uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy); **V.** Termin do wniesienia odwołania; **VI.** Interes we wniesieniu odwołania; **VII.** Wpływ rozstrzygnięcia odwołania na wynik postępowania – przedstawiono okoliczności faktyczne w zakresie wskazanych punktów.

Uzasadnienie odwołania.

W dniu 2.02.2017 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o ocenie punktowej ofert w świetle kryteriów oceny ofert oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. W postępowaniu złożono 2 oferty: Odwołującego i Asseco.

SIWZ określała 4 kryteria oceny ofert: 1) cenę 2) funkcjonalność, 3) czas reakcji serwisu, 4) okres gwarancji/serwisu. W kryterium czas reakcji serwisu żadna z ofert nie uzyskała punktacji. Z pozostałych 3. Kryteriów, w dwóch ocena oferty Odwołującego była wyższa, Odwołujący zaoferował niższą cenę (o 43 471 PLN/netto), i zaoferował – w przeciwieństwie do Asseco przedłużoną gwarancję – co uprawniało Odwołującego do otrzymania dodatkowych 5 punktów.

Porównanie ofert przedstawia się następująco – Odwołujący: cena 60 pkt, funkcjonalność 19,64 pkt, czas reakcji serwisu nie uzyskał pkt, okres gwarancji/serwisu 5 pkt, łącznie 84,64 pkt; – Asseco: cena 59,07 pkt, funkcjonalność 30 pkt, czas reakcji serwisu nie uzyskał pkt, okres gwarancji/serwisu nie uzyskał pkt, łącznie 89,07 pkt.

Na dzień złożenia odwołania, Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty Asseco. Dokonał jednak oceny tej oferty w zakresie prezentacji i kryteriów funkcjonalnych.

Po zapoznaniu się z powyższą informacją, Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając jak niżej.

I. Zarzut odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na nieuznanie przez w toku próbki spełnienia dwóch Zamawiającego prezentacji (oprogramowania) obligatoryjnych (tzw. dopuszczających) kryteriów nr 11 i 12 dotyczących integracji

zaprezentowanych jako „rozwiązania nieautonomiczne" – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Informacje wprowadzające: zakwestionowane przez Zamawiającego dwa wymagania nr 11 i 12 należały do kryteriów dopuszczających. Były one wymagane jako bezwzględne (nie podlegające punktacji).

Zgodnie z SIWZ ten rodzaj kryteriów (oprócz drugiego z nich – Kryteriów premiowanych, podlegających punktacji) musiał być spełniony co najmniej w 90%. Zgodnie z pkt 29b Regulaminu prezentacji (Zał. 7A *[wł. 7]* do SIWZ) *„Warunkiem koniecznym ustalenia oceny prezentowanego rozwiązania jest uzyskanie min. 90% ocen prawda dla zbioru weryfikowanych kryteriów dopuszczających".*

W ramach Kryteriów dopuszczających prezentacji podlegało 10 kryteriów (pkt 20 Regulaminu prezentacji Zał. 7A *[wł. 7]).* Dopuszczano możliwość braku zaprezentowania 1. z 10. wymagań.

Brak uznania przez Zamawiającego 2. z 10. prezentowanych wymagań spowodował, że oferta Odwołującego nie mieściła się w wyznaczonym w SIWZ limicie (Zamawiający uznał, że Odwołujący zaprezentował tyko 80% tych wymagań, *„co nie wystarcza do uznania oferty za spełniającą wymagania SIWZ na podstawie pkt 29b Regulaminu prezentacji". –* Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego.

1. Wykonawca nie spełnił kryteriów dopuszczających 11 i 12 wykazując tym samym spełnienie kryteriów dopuszczających w 80%, co nie wystarcza do uznania oferty za spełniającą wymagania SIWZ na podstawie pkt 29b Regulaminu prezentacji według załącznika 7A [wł. 7] *do SIWZ w brzmieniu: 29b „Warunkiem koniecznym ustalenia oceny prezentowanego rozwiązania jest uzyskanie min. 90% ocen prawda dla zbioru weryfikowanych kryteriów dopuszczających."*

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający przedstawił przyczynę nieuznania spełnienia wymagań kryterium 11 i 12 uznając, że demonstracja w tym zakresie

polegała na „zastosowaniu łączności zdalnej" tj. dostarczeniu rozwiązania nieautonomicznego.

2. Zamawiający nie uznał demonstracji spełnienia wymagań kwalifikacji, jako dowodu spełnienia kryteriów dopuszczających 11 i 12, o której mowa w pkt 5.11, ponieważ polegała na – zastosowaniu łączności zdalnej tj. dostarczeniu rozwiązania nieautonomicznego, co jest sprzeczne z pkt 26 Regulaminu prezentacji według załącznika 7A [wł. 7] *do SIWZ w brzemieniu: „26. Rozwiązanie dostarczone przez Wykonawcę na potrzeby prezentacji musi funkcjonować autonomicznie bez konieczności wykorzystywania zewnętrznych danych (pliki elektroniczne, bazy danych, rejestry, serwisy informacyjne, usługi sieciowo, itp.) i zasobów (moc obliczeniowa, nośniki pamięci, przestrzeń dyskowa, archiwa, itp.)."*

Wymagania nr 11 i 12 dotyczyły integracji i brzmiały następująco: *„11. Integracja rejestru struktury organizacyjnej z odpowiadającym rejestrem HIS (ang. Hospital Information System); 12. Integracja rejestru personelu z odpowiadającym rejestrem HIS".*

Integracja była też wymaga w innym wymaganiu dopuszczającym, tj. w wymaganiu nr 33. *dni z „Porównanie liczby osobo wynikającej danych zaewidencjonowanych w systemie medycznym z liczbą osobni przesłaną do modułu KKL z modułu Rachunek Kosztów."*

Odwołujący podkreślił, że wymaganie 33 było zadeklarowane w ofercie i zostało zaprezentowane przez Odwołującego w analogiczny sposób na prezentacji jak wymagania 11 i 12, a jednak nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego (integracja wymagana w pkt 33 została uwzględniona pomimo analogicznego zaprezentowania na prezentacji jak zakwestionowane dwa wymagania).

W ramach prezentacji ocenie podlegało oferowane specjalizowane oprogramowanie aplikacyjne. Zgodnie z Regulaminem prezentacji Zał. 7A *[wł. 7]* pkt 20 ocena spełnienia wymagań SIWZ przez to oprogramowanie przebiegała dwuetapowo – *„Ocena spełnienia wymagań określonych w SIWZ przez specjalizowane oprogramowanie aplikacyjne jest realizowana dwuetapowo w zakresie określonego zbioru kryteriów wg. załącznika 7B do SIWZ".*

Nie podlegał ocenie na prezentacji sprzęt, na którym zainstalowano oceniane oprogramowanie. Potwierdzeniem powyższego jest pkt 24b Regulaminu prezentacji, zgodnie z którym *„Awaria sprzętu nie będzie przez Zamawiającego traktowana jako błąd oferowanego rozwiązania".*

Na potrzeby prezentacji należało dostarczyć sprzęt z zainstalowanym i skonfigurowanym specjalizowanym oprogramowaniem aplikacyjnym. Sprzęt przeznaczony do prezentacji nie był przedmiotem oferty. Zgodnie z pkt 25 Regulaminu prezentacji *„Na potrzeby prezentacji Wykonawca dostarczy skonfigurowane rozwiązanie wyposażone we*

wszystkie dane i skonfigurowane w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia prezentacji według scenariusza".

W Regulaminie prezentacji w pkt 26 określono wymaganie co do dostarczonego na potrzeby prezentacji rozwiązania: *„Rozwiązanie dostarczone przez Wykonawcę na potrzeby prezentacji musi funkcjonować autonomicznie bez konieczności wykorzystywania zewnętrznych danych (pliki elektroniczne, bazy danych, rejestry, serwisy informacyjne, usługi sieciowe, itp.) i zasobów (moc obliczeniowa, nośniki pamięci, przestrzeń dyskowa, archiwa, itp.)."*

Wymagania SIWZ i stanowisko Zamawiającego odnośnie Integracji przedstawiają się następująco: na pytanie z dnia 21.11.2016 r.: *„Prosimy o wyłączenie z obszaru prezentacji modułów dotyczących doposażenia części administracyjnej ERP [Kalkulacja Kosztów Leczenia i Budżetowanie]. Przedmiotowe moduły do swojej pracy wymagają zasilenia danymi zewnętrznymi (HIS, ERP) poprzez głęboką integrację z systemami HIS i ERP obecnie eksploatowanymi przez Zamawiającego, a nie jest możliwe wykonanie takiej integracji przed zawarciem umowy Wykonawcy z Zamawiającym. Tym samym nie jest możliwe zaprezentowanie elementów wskazanych przez Zamawiającego w Załączniku 7B [Kryteria dopuszczające; Kryteria premiujące] w zakresie modułów dotyczących doposażenia części administracyjnej ERP [Kalkulacja Kosztów Leczenia i Budżetowanie] na etapie postępowania przetargowego.*
W przypadku braku zgody na wyłączenie z obszaru prezentacji modułów dotyczących doposażenia części administracyjnej ERP [Kalkulacja Kosztów Leczenia i Budżetowanie], prosimy o wyjaśnienie czy w związku z tym, że nie jest możliwe zaprezentowanie wymaganych funkcjonalności z modułów dotyczących doposażenia części administracyjnej ERP [Kalkulacja Kosztów Leczenia i Budżetowanie] w oparciu o integrację z systemami HIS i ERP obecnie eksploatowanymi przez Zamawiającego – Wykonawca może zaprezentować przedmiotowe funkcjonalności w oparciu o własne rozwiązania HIS i ERP, stanowiące źródło danych dla modułów dotyczących doposażenia części administracyjnej ERP [Kalkulacja Kosztów Leczenia i Budżetowanie] ?";

odpowiedź brzmiała: *„Wykonawca* [wł. Zamawiający] *wyjaśnia, że Wykonawca może zaprezentować przedmiotowe funkcjonalności w oparciu o własne rozwiązania HIS i ERP, stanowiące źródło danych dla modułów dotyczących doposażenia części administracyjnej ERP [Kalkulacja Kosztów Leczenia i Budżetowanie]".*

Ponadto z protokołu z rozprawy KIO z dnia 7 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 1919/16 w zakresie integracji wynika oświadczenie zamawiającego: *„Zdaniem zamawiającego komplet informacji potrzebnych wykonawcy, w tym lista systemów i urządzeń, wynika z OPZ. Ponadto modyfikacje z 19 i 20.10. wyczerpują konieczny zakres informacji potrzebnej wykonawcy do złożenia oferty, w szczególności przedstawiono załączniki dot. Systemu HIS*

i sposobu komunikacji z infomedica. Przedmiotem zamówienia jest bowiem, usługa zapewniająca komunikację z HIS dla którego zidentyfikowano kanał komunikacji jako komunikat HL7. (…) Załącznik komunikat HL7 zawiera opis komunikatów w standardzie HL7 w tym dokładne informacje o protokole HL7, co jest wystarczające do ustalenia sposobu komunikowania się z HIS-em. (...) w załączniku RIS/PACS został zawarty opis sposobu w jaki komunikują się systemy w standardzie HL7, co pozwala na ustalenie w jaki sposób wykonać usługę."

Dowód: protokół z przebiegu rozprawy w ww. sprawie.

Uzasadnienie zarzutów.

Odwołujący kwestionuje ocenę Zamawiającego, która spowodowała odrzucenie jego oferty z następujących powodów:

1. Zamawiający niesłusznie uznał, że Wykonawca nie zaprezentował wymagań dotyczących integracji nr 11 i 12;

2. Zamawiający niesłusznie uznał, że druga prezentacja wymagań nr 11 i 12 polegała na zastosowaniu łączności zdalnej;
3. Zamawiający bezpodstawnie utożsamił *„łączność zdalną”* z *„rozwiązaniem nieautonomicznym”* zakazanym w SIWZ.

Każda z powyższych podstaw faktycznych zarzutu niezależnie od siebie prowadzi do zakwestionowania decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego i obrazy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad 1. Zamawiający niesłusznie uznał, że Wykonawca nie zaprezentował wymagań dotyczących integracji nr 11 i 12. Odwołujący wbrew twierdzeniu Zamawiającego zaprezentował integrację wymaganą pkt 11 i 12 – i to dwukrotnie, na dwa różne sposoby. Za pierwszym razem prezentacja ww. wymagań polegała na prezentacji funkcjonalności portalu Opieka@Szkoła – zaprezentowano w jaki sposób oprogramowanie portalowe pn. Opieka@Szkoła (system portalowy) wyświetla dane pochodzące z systemu HIS – bez przechowywania ich w dodatkowych rejestrach. Oznacza to, że pomiędzy system portalowym, a system HIS musi zachodzić integracja. Zademonstrowano też sposób w jaki dane są odczytywane bezpośrednio z rejestrów systemu HIS oraz przedstawiono specyfikację protokołów komunikacyjnych, które są odpowiedzialne za tę integrację (między oprogramowaniem HIS a oprogramowaniem portalowym). Wykonawca wyjaśnił, że portal oprogramowanie portalowe Opieka@Szkoła został przygotowany w oparciu o system, który oferowany odrębnie w ofertach handlowych wykonawcy stanowi interfejs użytkownika systemu HIS Wykonawcy (nazwa OptimedNXT-Web). Wykonawca wyjaśnił również, że funkcjonalność systemu HIS odgrywa system stanowiący warstwę logiki biznesowej systemu HIS wykonawcy (nazwa OptimedNXT-SRV). Wykonawca poinformował, że systemy te są

zintegrowane, ale niezależne. W wyniku prezentacji pokazano, że ofertowany portal Opieka@Szkoła spełnia wymagania wskazane w punktach 11 i 12.

Zamawiający na prezentacji wyraził wadliwość co do skuteczności zaprezentowania tych wymagań. Zakwestionował sposób prezentacji, wskazując, że zaprezentowany sposób integracji nie pozwala potwierdzić możliwości wykonania integracji z systemami Zamawiającego. Zamawiający zasugerował, że pokazanie wykorzystania tych samych mechanizmów do obsłużenia integracji z innym systemem pozwoli potwierdzić, że prezentowany system może obsłużyć integrację z systemami Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący dokonał dodatkowej (ponownej prezentacji). Odbyła się ona po zaprezentowaniu przez wykonawcę punktu 17. Tym razem zaprezentował wykorzystującą te same protokoły integrację z innym oprogramowaniem, które pozwala obsłużyć funkcjonalność portalu Opieka@Szkoła (Concierge).

W wyniku drugiej prezentacji pokazano, że proponowane przez Wykonawcę rozwiązanie poprawnie obsługuje wymaganie dotyczące integracji rejestrów z systemem HIS. W celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego Wykonawca zademonstrował, że aktualizacja rejestrów przy pomocy jednego systemu zintegrowanego z HIS jest natychmiast widoczna w innych systemach, co wynika z pełnej integracji rejestrów prezentowanych systemów z HIS.

Istotne jest to, że taki sposób zaprezentowania spełnienia wymagań co do integracji jak zademonstrowano za pierwszym razem – został zaprezentowany w zakresie zaprezentowania spełnienia wymagania nr 33 o treści *„Porównanie liczby osobodni wynikającej z danych zaewidencjonowanych w systemie medycznym z liczbą osobni przesłaną do modułu KKL z modułu Rachunek Kosztów”*. W ramach prezentacji tego punktu pokazano jak prezentowany system zaciąga dane z systemu źródłowego HIS, który jako system nie będący przedmiotem zamówienia, nie był przedmiotem prezentacji.

Zamawiający uznał ten sposób prezentacji wymagania nr 33 za zgodny z wymaganiami.

Niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający zakwestionował spełnienie wymagania integracji wymagań 11 i 12 (pierwszy sposób zaprezentowania), skoro jednocześnie uznał analogiczny sposób spełnienia w ramach wymagania 33. Odwołujący wskazał, że w obu przypadkach miała miejsce bardzo podobna integracja prezentowanych systemów z zaakceptowanym przez Zamawiającego systemem HIS Wykonawcy. Wykonawca już w trakcie prezentacji przedstawiał dowody, że prezentowana integracja spełnia wymagania określone w SIWZ.

Ponadto – niezależnie od powyższego – również drugi sposób spełnienia wymagania jest prawidłowy i zgodny z SIWZ. Wykonawca zademonstrował dokładnie taką samą funkcjonalność, jaką prezentował w pierwszej części przy pomocy innego systemu, który

spełnia wymagania opisujące portal Opieka@Szkoła. System pozwalający na wykonanie tej demonstracji był uruchomiony z drugiego laptopa stanowiącego część próbki Wykonawcy,

Dowód: Nagranie audio wideo z przebiegu prezentacji – w dyspozycji Zamawiającego; Zeznanie świadków – T. K., R. G. .

Z tych względów odrzucenie oferty Odwołującego z tego – niezależnego od niżej podanych – powodu narusza przepisy ustawy i nie ma oparcia w treści SIWZ.

Ad 2. Zamawiający niesłusznie uznał, że drugi sposób prezentacji wymagań nr 11 i 12 polegała na zastosowaniu łączności zdalnej.

Odwołujący kwestionuje uznanie, że drugi sposób prezentacji wymagania nr 11 i 12 polegał na zastosowaniu łączności zdalnej. Łączność zdalna nie została wykorzystana do zaprezentowania żadnej z funkcjonalności wymaganych w ramach próbki ani w pierwszym, ani w drugim sposobie prezentacji. Prezentacja wymagań nr 11 i 12 drugim sposobem wymagała uruchomienia innej konfiguracji środowiska na innym komputerze złożonym w ramach rozwiązania sprzętowego prezentowanego na demonstracji w siedzibie Zamawiającego. Zamawiający błędnie zinterpretował przełączenie komputera stosowanego do prezentacji jako uruchomienie łączności zdalnej.

Z tych względów odrzucenie oferty Odwołującego – również z tego niezależnego powodu narusza przepisy ustawy i nie ma oparcia w treści SIWZ.

Ad 3. Zamawiający bezpodstawnie utożsamił *„łączność zdalną”* z *„rozwiązaniem nieautonomicznym”* zakazanym w SIWZ.

Odwołujący kwestionuje też ocenę Zamawiającego, która skutkowała odrzuceniem jego oferty z punktu widzenia formalnych opisów SIWZ. Otóż SIWZ w wymaganiu 26 Regulaminu prezentacji nie utożsamia *„rozwiązania nieautonomicznego”* z *„łącznością zdalną”.* SIWZ w tym punkcie w ogóle nie posługuje się tym pojęciem. Użycie przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty sformułowania „t.j.” [to jest] pomiędzy tymi pojęciami wykracza poza opis SIWZ i nie ma w niej oparcia.
W konsekwencji nawet gdyby uznać, że Odwołujący zaprezentował w drugim sposobie prezentacji wymagania 11 i 12 za pomocą łączności zdalnej (co Odwołujący kwestionuje) – to i tak nie oznaczałoby to naruszenia opisu pkt 26 Regulaminu prezentacji.

Odwołujący podniósł, że opis pkt 26 Regulaminu prezentacji z uwagi na jego treść (wykładnia językowa) oraz cel (wykładnia celowościowa) ma zupełnie inny charakter. Stanowi on, że *„Rozwiązanie dostarczone przez Wykonawcę na potrzeby prezentacji musi funkcjonować autonomicznie bez konieczności wykorzystywania zewnętrznych danych (pliki elektroniczne; bazy danych, rejestry, serwisy informacyjne, usługi sieciowe; itp.) i zasobów (moc obliczeniowa, nośniki pamięci przestrzeń dyskowa, archiwa, itp.)”.*

Wykładnia językowa ww. opisu sprowadza się do wykluczenia wykorzystania „zewnętrznych” danych czy zasobów. Zatem wymaga ustalenia, co w świetle SIWZ oznacza owa zewnętrzność – względem czego ma ona być oceniana.

Odwołujący przedstawił analizę pojęć zastosowanych w SIWZ – zamiennie i różnorodnie określany charakter próbki: oprogramowanie i sprzęt, bliżej nieokreślone *„rozwiązanie”,* wreszcie na potrzeby oceny i wychwycenia niezgodności *„rozwiązanie oferowane”, „rozwiązanie prezentowane”* – m.in. w Regulaminie prezentacji – pkt 1, 14, 24a, 24b, 24c, 24d, 24f, 24g, 25, 26.

Analiza powyższych opisów nie pozwala na jednoznaczne określenie, czy zakaz pkt 25 Regulaminu prezentacji stanowiący o *„rozwiązaniu”* odnosi się tylko do oprogramowania aplikacyjnego, czy też do rozwiązania obejmującego oprogramowanie plus sprzęt, z którego wykorzystaniem jest prezentowane.

Określenie, co jest zasobem zewnętrznym w stosunku do rozwiązania dostarczonego na potrzeby prezentacji wymaga wzmocnienia i rozstrzygnięcia wykładnią celowościową. Wykładnia celowościowa wskazuje, że sposób prezentacji próbki w swym *„funkcjonowaniu”* – czyli działaniu pokazywanym na potrzeby demonstracji (trudno mówić o funkcjonowaniu

w celu przetwarzania rzeczywistych danych, czy realnych procesów medycznych czy administracyjnych realizowanych przez Szpital) – nie może prowadzić do zafałszowania wyników prezentacji, poprzez korzystanie zasobów czy danych niebędących próbką. Tego rodzaju zakaz ma przeciwdziałać próbom omijania niedostatków oprogramowania przez ich nieuczciwe zaprezentowanie, polegające np. na sięganiu – przez łączenie się z Internetem (por. zakaz wykorzystywania *„usług sieciowych")* – do nie będących oferowanym oprogramowaniem aplikacyjnym innych źródeł. Krótko mówiąc – Wykonawca nie może korzystać z niczego co pozwalałoby zafałszować wynik weryfikacji poprzez skorzystanie ze źródeł spoza oferowanego i badanego oprogramowania, podczas gdy to rzeczywiście oferowane w istocie oczekiwanego działania nie zapewnia.

Z tego punktu widzenia, biorąc pod uwagę wykładnię językową i celowościową opisu SIWZ, nie można uznać, że Odwołujący naruszył ów opis. Nie dokonał bowiem prezentacji żadnej z funkcjonalności wymaganych na prezentacji przy pomocy jakichkolwiek zasobów wywoływanych zdalnie. Wszystkie punkty wymagane przez Zamawiającego zostały zademonstrowane przy wykorzystaniu komputerów Wykonawcy znajdujących się w tamtym momencie w sali, w której odbywała się prezentacja. Żaden z opisów SIWZ nie zabrania wykorzystania kilku różnych maszyn znajdujących się w sali prezentacyjnej do zademonstrowania próbki. Przeciwnie, Zamawiający akceptował stosowanie różnych maszyn, bez których niemożliwe byłoby zaprezentowanie chociażby funkcjonalności wydruków i obsługi kodów kreskowych.

Odwołujący na prezentacji nie dokonał żadnej z zakazanych czynności w powyższym rozumieniu: zaprezentował wymaganą w pkt 11 i 12 integrację w pierwszym podejściu w sposób wskazany powyżej – co nie polegało na korzystaniu z dodatkowych źródeł spoza próbki. Ponadto ponowna, druga prezentacja tych samych wymagań (wskazana powyżej) również nie polegała na złamaniu wyżej opisanego zakazu.

Z tych względów odrzucenie oferty Odwołującego – również z tego niezależnego powodu, narusza przepisy ustawy i nie ma oparcia w treści SIWZ.

II. Zarzut zaniechania przedstawienia Odwołującemu pełnego wyniku oceny oferty w kryterium funkcjonalnym przez nieprzedstawienie informacji, które funkcjonalności z zaprezentowanych w ramach prezentacji nie zostały przez Zamawiającego uznane i z jakiego powodu – co narusza art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający wraz z informacją o odrzuceniu oferty odwołującego przedstawił Odwołującemu wynik czynności oceny ofert w poszczególnych kryteriach. W samym piśmie informującym o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, że oferta Comarch otrzymała 84,64 pkt, a oferta Asseco 89,07 pkt *(„Jednocześnie Zamawiający informuje, że pomimo odrzucenia oferty po całkowitym podsumowaniu wszystkich kryteriów oceny ofert, punktacja przedstawiałby się następująco: -Comarch - 84,64 pkt; -Konsorcjum Asseco - 89,07 pkt). W załączeniu porównanie punktowe złożonych ofert.)"*

Dowód: Zawiadomienie z dnia 26.01.2017 r. – załącznik do odwołania.
Pismo nie zawierało Załącznika z porównaniem punktowym ofert. Odwołujący na prośbę otrzymał je kilka dni później, w dniu 02.02.2017 r.

Dowód: Porównanie punktowe złożonych ofert – załącznik do odwołania.

Z przedłożonego porównania punktowego ofert wynika, że oferta odwołującego w kryterium funkcjonalnym otrzymała tylko 36 punktów na 55 możliwych, podczas gdy oferta Asseco otrzymała 55 punktów na 55 możliwych.

Informacja o przyznanej punktacji nie zawiera jednak żadnych szczegółowych danych dotyczących przyznania punktów i o wyniku oceny przez Zamawiającego poszczególnych prezentowanych funkcjonalności premiujących. Powyższe powoduje, że Odwołujący nie wie, których wymagań premiujących (punktowanych) mu nie uznano, pomimo że je zadeklarował w ofercie i je zaprezentował. Taka informacja o ocenie oferty – tj. prezentująca tylko sumę przyznanych punktów bez odniesienia się do każdego z ocenianych funkcjonalności, tym bardziej, że przyznana jako suma ocena punktowa jest niższa niż wynikająca z treści oferty i prezentacji Odwołującego – jest zatem nieprawidłowa. Nie pozwala na uzyskanie jakiejkolwiek wiedzy o szczegółach oceny ofert w omawianym zakresie, nie jest wiadome jaka funkcjonalność została uznana za spełniającą wymagania SIWZ, a jaka nie. Najistotniejsze jest to, że Zamawiający nie przedstawił powodów nie uznania prezentowanych za to funkcjonalności niespełnione. Uniemożliwia jednocześnie

zakwestionowanie dokonanej oceny przez Zamawiającego – do czego każdy wykonawca ma prawo. Powyższe działania (informacja) wskazują też na utrudnienia Odwołującemu weryfikacji oceny ofert. Dowodem powyższego jest dodatkowo przesłanie Odwołującemu wytworzonego przez Zamawiającego *„Protokołu z prezentacji”* z żądaniem – w piśmie datowanym na 16.01.2017 r. – jego podpisania. Obydwa dokumenty zostały przesłane Odwołującemu mailem z dnia 17.01.2017 r.

Dowód: Pismo przewodnie z 16.01.2017 r. z żądaniem podpisania Protokołu z prezentacji – załącznik do odwołania; Protokół z prezentacji w brzmieniu określonym przez Zamawiającego – załącznik do odwołania.

Protokół ten był tak bardzo ogólny, że właściwie nie wiadomo było co Zamawiający miał na myśli tworząc go, z całą pewnością zaś protokół ten nie odzwierciedlał rzeczywistego, pełnego przebiegu prezentacji. Przykładem tego był w szczególności pkt 5.8 tego protokołu, gdzie Zamawiający stwierdzał: *„5.8. Zamawiający zakwestionował prezentację Wykonawcy w zakresie funkcjonalności dopuszczających i premiujących rozwiązania oferowanego przez Wykonawcą z systemami dotyczących integracji informatycznymi eksploatowanymi przez Zamawiającego”.*

Jego najistotniejszym mankamentem było to, że Zamawiający stwierdzał w nim, że zakwestionował prezentację zarówno funkcjonalności dopuszczających, jak i premiujących, jednak nie wskazywał jakich konkretnie. Nie wskazywał też przyczyn zakwestionowania. Równie dobrze z powyższego opisu mogło wynikać, że na prezentacji Zamawiający zakwestionował wszystkie prezentowane funkcjonalności, a Odwołujący niczego nie zaprezentował poprawnie.

Było to niezgodne z przebiegiem prezentacji, co Odwołujący wytknął Zamawiającemu w piśmie.

Z powyższych względów Odwołujący odmówił podpisania protokołu o proponowanej treści domagając się jego zmiany i oddania realiów przebiegu, tj. zakreślenia, których pozycji dotyczyły wątpliwości Zamawiającego, przyczyn tych wątpliwości, jak i wskazania na wyrażoną przez Zamawiającego pozytywną ocenę spełnienia wymagań.

Odwołujący wysłał Zamawiającemu pismo z dostrzeżonymi brakami w protokole oraz podpisany przez obecnych na prezentacji protokół uzupełniony przez Odwołującego.

Dowód: Pismo przewodnie Odwołującego z dnia 16.01.2017 r. zawierające zastrzeżenia do protokołu – załącznik do odwołania; Zeznanie świadków – T. K., R. G. co do przebiegu prezentacji; Zapis audio wideo z przebiegu prezentacji.

Zamawiający nigdy nie wypowiedział się na temat wnioskowanych przez Odwołującego zmian, co do dokumentu obrazującego przebieg prezentacji. Zażądał bezwzględnego podpisania protokołu w początkowym brzmieniu oraz złożenia ewentualnych zastrzeżeń w osobnym piśmie.

Ponieważ pismo takie (osobne) zostało już uprzednio wysłane i było w dyspozycji Zamawiającego, a Zamawiający nie wskazał ani odniósł się w żaden sposób do wnioskowanych uzupełnień – Odwołujący nie miał podstaw do zmiany stanowiska.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 23.01.2017 r. – żądanie podpisania protokołu bez zmian i zgłoszenia zastrzeżeń w osobnym – załącznik do odwołania; Odpowiedź Odwołującego z dnia 25.01.2017 r. – podtrzymująca stanowisko.

Powyższe okoliczności przemawiają za tym, że Zamawiający uniemożliwił uzyskanie wiedzy o okolicznościach i podstawach dokonanej oceny prezentowanych funkcjonalności premiujących, jak i utrudniał z niejasnych powodów udokumentowanie przebiegu prezentacji, wzbraniając się przed podaniem w Protokole z prezentacji numerów funkcjonalności kwestionowanych na prezentacji, co Zamawiający wprost ujawniał, jak i ujawnianych na prezentacji przyczyn ich kwestionowania, co jest zupełnie niezrozumiałe.

Tym samym istniejący w aktach sprawy Protokół z przebiegu prezentacji w brzmieniu określonym przez Zamawiającego nie oddaje rzeczywistego, pełnego przebiegu prezentacji, jest niepełny, a przez to nie może stanowić podstawy do podejmowania ustaleń faktycznych w omawianej materii. Jest to istotny błąd Zamawiającego, za który tylko on ponosi odpowiedzialność.

Powyższe utrudnia wykonawcy konkurowanie w ramach zamówienia, tworzy sytuację

nieprzejrzystą i wątpliwą, a nadto łamie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z tych tez względów wobec opisanej wyżej sytuacji z udokumentowaniem przebiegu prezentacji stosownym Protokołem, tak istotne są wnioskowane w odwołaniu dodatkowe dowody, tj.: zapis audio wideo z prezentacji ofert wykonany przez Zamawiającego, jak i zeznanie świadków T. K. i R. G. co do przebiegu prezentacji – o co Odwołujący wniósł.

III. Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Asseco, pomimo że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut podniesiony wobec oferty Asseco, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polega na złożeniu na prezentacji innego oprogramowania niż zadeklarowane w ofercie (określone na dzień składania ofert).

Asseco wykorzystując dodatkowy czas, jaki upływał od dnia złożenia oferty do dnia prezentacji – dokonał zmiany w swej ofercie (w oferowanym oprogramowaniu) – prezentując oprogramowanie inne, o rozszerzonej w stosunku do treści oferty funkcjonalności. Asseco na prezentacji zaprezentował wszystkie możliwe wymagane funkcjonalności punktowane, które zgodnie z pierwotną treścią oferty nie istniały w oferowanym oprogramowaniu na dzień składania ofert – por. deklaracja, że oferowane oprogramowanie ich nie posiada (nie spełnia).

Dowód: Oferta Asseco (w załączeniu do odwołania wyciąg oraz całość – w aktach sprawy); Protokół z prezentacji Asseco – w aktach sprawy; Nagranie audio wideo z przebiegu prezentacji Asseco – w aktach sprawy.

O fakcie zaprezentowania innego oprogramowania niż wynikało z oferty (o innych, szerszych funkcjonalnościach) świadczy to, że zgodnie z dokumentem pn. „Porównanie punktacji złożonych ofert" wynika, że Asseco otrzymał w kryterium funkcjonalnym maksymalną liczbę punktów jaka była do uzyskania, tj. 55 punktów na 55 możliwych.

Uzyskanie maksymalnej liczy punktów było możliwe tylko w przypadku, gdyby oferowane oprogramowanie miało spełniać wszystkie wymagane, punktowane funkcjonalności (kryteria premiujące). Zgodnie z treścią oferty Asseco oferowane oprogramowanie nie zawierało na dzień składania ofert wszystkich punktowanych funkcjonalności.

Dowód: Oferta Asseco – w aktach sprawy (wyciąg w załączeniu do odwołania).

W szczególności z opisu oferowanego oprogramowania i złożonych w ofercie Asseco na dzień składnia ofert deklaracji, co do istnienia w oferowanym oprogramowaniu określonych funkcjonalności premiujących wynikało, że oprogramowanie oferowane przez Asseco nie spełnia następujących wymagań punktowanych: 12, 15, 16, 17.

Sposób punktacji funkcjonalności określony w SIWZ był dwojaki: dla niektórych funkcjonalności (określanych w poszczególnych Tabelach) polegał na przyznaniu punktów za każdą funkcjonalność i sumowaniu poszczególnych punktów cząstkowych, drugi sposób – polegał na przyznawaniu punktacji w skali od minimalnie do maksymalnie punktowanego kryterium do maksymalnej liczby punktów (w tych przypadkach każda poprzednia funkcjonalność cząstkowa mniej punktowana zawierała się w kolejnej, wyżej punktowanej funkcjonalności – zatem wystarczyło zaoferować funkcjonalność najwyżej punktowaną, by spełnić wszystkie niżej punktowane, zawarte w tej najszerszej).

Funkcjonalności w oprogramowaniu oferowanym przez Asseco i opisanym w ofercie jako nieistniejące (nie spełnione przez to oprogramowanie), należą do tej pierwszej kategorii. Wbrew powyższym deklaracjom Asseco zaprezentował na prezentacji: Funkcjonalność *„Przyjmowanie/wysyłanie komunikatów HL7 z/do systemów zewnętrznych wymagające interakcji operatora"* – tabela 7, nr 1; Funkcjonalność *„KKL: Dane rozliczeniowe pacjenta dotyczące realizowanych na jego rzecz* świadczeń: *Import danych z pliku elektronicznego"* – tabela 10 nr 15 oraz Funkcjonalność *„Dane do budżetowania: Import danych z pliku elektronicznego"* – tabela 10 nr 17.

Zgodnie z SIWZ prezentacja miała służyć nie określeniu treści oferty w zakresie oferowanego oprogramowania, tylko weryfikacji treści oferty w tym zakresie, potwierdzeniu, że zadeklarowane w ofercie jako istniejące w oferowanym oprogramowaniu funkcjonalności są rzeczywiście spełnione.

Sama zaś treść oferty w zakresie oferowanych funkcjonalności miała wynikać z treści oferty składanej na dzień składania ofert, przez deklarację co do istnienia (spełniania) przez oferowane oprogramowanie danej funkcjonalności.

Jest to naturalne i oczywiste, tym bardziej, że sama „próbka", czyli oferowane oprogramowanie podlegające weryfikacji na prezentacji nie było składne wraz z ofertą (czyli w terminie składania ofert), ale było przywożone przez wykonawców dopiero na samą prezentację, która miała miejsce po dniu składaniu ofert (termin składania ofert upływał w dniu 12.12.2016 r., prezentacja Odwołującego miała miejsce w dniu 04.01.2017 r., prezentacja Asseco miała miejsce w dniu 04.01.2017 r.).

O charakterze prezentacji jako służącej jedynie weryfikacji treści oferty co do zakresu funkcjonalnego oferowanego oprogramowania z rzeczywistością, świadczą też inne opisy SIWZ, np. Regulamin prezentacji, Rozdz. XIII SIWZ (dokument główny), odsyłający do załącznika nr 7A *[wł. 7]* do SIWZ.

Powyższe prowadzi do wniosku, że złożenie oferty przez Asseco stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm. – dalej uznk) – w sposób sprzeczny z dobrym obyczajem zagraża interesowi przedsiębiorcy, czyli Odwołującego. Zagrożenie to przejawia się w następującym aspekcie:

• przedstawienie na prezentacji innego oprogramowania niż oferowane, tj. zawierającego szerszą (większą funkcjonalność) niż oprogramowanie oferowane i opisane w ofercie oznacza „dorobienie", czy też zmianę ocenianego przedmiotu oferty (oprogramowania) w czasie pomiędzy złożeniem oferty a prezentacją – w celu uzyskania większej liczby punktów. Próba ta była uzasadniona choćby tym, że w 2. na 4. kryteriach oceny ofert (cena i gwarancja) oferta Odwołującego była korzystniejsza;

• dokonana zmiana pomiędzy oprogramowaniem oferowanym i opisanym w ofercie a zaprezentowanym (o szerszej funkcjonalności) prowadziła do uzyskania większej liczby punktów. Tym samym działała na korzyść Asseco zainteresowanego niwelowaniem różnicy w punktacji;

• każda ingerencja w treść oferty po dniu składania ofert, w szczególności w zakresie tych elementów oferty, które stanowią kryterium oceny ofert – stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe nie dotyczy tylko określonych w ustawie Pzp wyjątków dopuszczających zmianę treści oferty – tylko w ścisłe określonych przypadkach (np. art. 87 ust. 1 Pzp). Wyjątków tych nie można traktować rozszerzająco;

• po czasie przeznaczonym na przygotowanie oferty (termin składania ofert), zmiany co do oferty zawsze wpływają na wynik oceny ofert, w tym konkretnym przypadku rozszerzenie funkcjonalności wprost prowadziło do uzyskania większej liczby punktów niż wynikało to z pierwotnej treści oferty.

Oprogramowanie Asseco prezentowane po składaniu ofert, a oprogramowanie oferowane na dzień składania ofert różnią się – są to bowiem różne oprogramowania. Nie ma możliwości by jedno i to samo oprogramowanie na dzień składania ofert nie zawierało określonych funkcjonalności (czego dowodzi oferta Asseco), a na dzień prezentacji, już te uprzednio nie istniejące funkcjonalności zawierało.

Odwołujący zarzucił, że dokonana zmiana w zakresie oferowanego przez Asseco oprogramowania przez jego rozszerzenie na etapie prezentacji w stosunku do treści oferty, prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej wobec innego wykonawcy – konkurenta w postępowaniu, prowadząc do eliminacji go z rynku w zakresie możliwości zawarcia kontraktu w tym postępowaniu.

Na tym też polega istota czynu nieuczciwej konkurencji Asseco, a tym samym naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy dokonał on manipulacji

jako a jakoś funkcjonalnościami określonymi pierwotnie nieistniejące, następnie

zaprezentowane na prezentacji – dzięki czemu Asseco stwarzało sobie sytuację, która mogłaby mu umożliwić uzyskanie większej liczby punktów niż to pierwotnie wynikało z treści oferty.

W ocenie Odwołującego jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy ocenie oferty. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu Odwołującego jako przedsiębiorcy, którzy złożył ofertę w postępowaniu,

i który nie dokonywał żadnych zmian w stosunku do oprogramowania oferowanego i później prezentowanego.

Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 uznk i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r., sygn. akt III CKN 271/01). Opisane działanie Asseco zdaniem Odwołującego wypełnia normę przepisu art. 3 ust. 1 uznk, a także dyspozycję deliktu wskazanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 uznk. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanych przepisach jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty Asseco, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji na podstawie wskazanego wyżej wyroku SN oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – wyroki: z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i z dnia 26 czerwca 2012 sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12). Odnośnie dobrych obyczajów – wyrok KIO 2046/14.

Zdaniem Odwołującego „nagłe" rozszerzenie ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert punktowanych funkcjonalności oferowanego oprogramowania w stosunku do oprogramowania oferowanego, tj. opisanego w treści oferty i nie zawierającego na dzień składania ofert określonych funkcjonalności, nie jest normalnym, konkurencyjnym działaniem

wykonawcy. Uczciwa konkurencja, wymagana nie tylko w obszarze zamówień publicznych, powinna cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi – lub co istotne tylko może prowadzić – do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy uznać za wypełnienie przesłanek pozwalających na uznanie, że Asseco dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji – co winno skutkować odrzuceniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Opisane działanie Asseco (inne oprogramowanie oferowane i opisane w ofercie i inne zaprezentowane) tłumaczyć można tylko chęcią optymalizacji punktacji na ile to możliwe, brak innego, racjonalnego uzasadnienia takiego sposobu złożenia oferty, i następnie przedstawienia szerszej funkcjonalnie próbki (oprogramowania). Rolę rzetelności Wykonawcy w sporządzaniu oferty podkreśla także linia orzecznicza KIO, która wskazała także na konieczność odrzucenia oferty, gdy jest ona sprzeczna z dobrymi obyczajami: wyrok z dnia 5 kwietnia 2011 r. KIO 640/11. Inny wyrok KIO 2067/13 – rynek globalny i rynek lokalny.

Nieuprawniona i niedopuszczona w SIWZ zmiana zakresu funkcjonalnego oprogramowania pomiędzy jego oferowaniem (opisem dokonanym w ofercie) a prezentacją po dniu składania ofert, oznacza nieuprawnioną ingerencję w wynik oceny ofert, który winien być niejako „utrwalony" na stałe z chwilą złożenia ofert w postępowaniu. Tolerowanie takich praktyk godziłoby w samą istotę przetargów publicznych, anulując i unieważniając istotny moment złożenia oferty, od upływu którego ingerencja Wykonawcy w jej treść jest ściśle limitowana i nie może być (jako wyjątek) traktowana rozszerzająco. Można sobie wyobrazić podobne zachowanie po stronie Odwołującego, który zadeklarowałby w ofercie np. spełnienie tylko jednej funkcjonalności punktowanej, a następnie „dorobiwszy" w międzyczasie resztę – zaprezentował 100% funkcjonalności – co radykalnie zmieniłoby wynik punktacji.

Powyższe oznaczałoby też zmianę charakteru prezentacji określonej w SIWZ w postępowaniu – z „weryfikującej" oprogramowanie czy rzeczywiście spełnia funkcjonalność oferowaną jako istniejącą (spełniona), na „oferującą" – wskazującą treść oferty w odniesieniu do oferowanego oprogramowania już po terminie składania ofert, co nie może mieć miejsca.

IV. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Asseco – niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Asseco w toku postępowania zaproponował w ofercie inne oprogramowanie (o węższej funkcjonalności) niż złożył na prezentacji – gdzie zaprezentował wszystkie możliwe punktowane funkcjonalności, w wyniku czego oferta Asseco otrzymał w kryterium funkcjonalnym maksymalną liczbę punktów.

Zgodnie z SIWZ – nie wolno było prezentować funkcjonalności innych niż zaoferowane w ofercie. Prezentacji podlegało tylko to, co zostało oferowane, a zatem nie

mogły być prezentowane funkcjonalności zadeklarowane w ofercie jako takie, których

oferowane oprogramowanie nie realizuje.

Powyższe wynika z faktu, że zgodnie z SIWZ prezentacja miała służyć wyłączenie weryfikacji treści oferty w tym zakresie, potwierdzeniu, że zadeklarowane w ofercie jako istniejące w oferowanym oprogramowaniu funkcjonalności są rzeczywiście spełnione. Wynika to m.in. z następujących opisów SIWZ: Regulamin prezentacji pkt 29c, pkt 1 oraz pkt XIII SIWZ (odesłanie do załącznika nr 7A *[wł. 7].*

Regulamin prezentacji rozróżniał rozwiązanie „oferowane" od „prezentowanego" – na potrzeby wychwycenia ewentualnych niezgodności. Jednak w żadnym miejscu nie dopuszczał, przedstawienia na prezentacji oprogramowania innego niż określone w ofercie. Zatem, złożone w celu prezentacji oprogramowania nie miało i nie mogło służyć określeniu treści oferty (czyli określeniu zakresu oferowanego oprogramowania), ani nie mogło służyć rozszerzeniu funkcjonalności ponad te proponowane w ofercie. Byłoby to zresztą niezgodne z Pzp jako dopuszczenie określenia zakresu oferty po dniu składania ofert.

Z tych względów Odwołujący zarzucił, że przeprowadzona przez Asseco prezentacja oferty, w tym przede wszystkim inny niż w Formularzu ofertowym zakres prezentowanego oprogramowania powoduje, że treść oferty Asseco jest niezgodna z ww. opisami SIWZ – określającymi charakter prezentacji (jako potwierdzający jedynie funkcjonalności wskazane (zaproponowane) w Załączniku do Formularza ofertowego) oraz cel złożenia próbki – co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

V. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Asseco – niezgodność treści oferty z ustawą. Opisane wyżej działanie Asseco polegające na zaoferowaniu oprogramowania o innej funkcjonalności niż to zaprezentowane na potrzeby weryfikacji – nakazuje również postawić zarzut co do podwójnego charakteru złożonej przez Asseco oferty.

Zdaniem Odwołującego powyższe oznacza złożenia dwóch różnych ofert, co do przedmiotu zamówienia: jedno oprogramowanie oferowane w dniu składania ofert nie realizowało określonych funkcji, drugie – złożone na prezentacji – zawierało funkcjonalności uprzednio opisane jako nieistniejące w tym oprogramowaniu.

Powyższe wypełnia dyspozycję złożenia oferty niezgodnie z ustawą, która w art. 82 ust. 1 Pzp nakazuje złożenia tylko jednej oferty. Oferta Asseco taka nie jest, w postępowaniu zaistniał różny zakres oferty (oprogramowania o innej funkcjonalności). Mając na uwadze powyższe, Odwołujący uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki – wskazane w ramce Odwołujący zastrzegł jako tajne i nie podlegające upublicznieniu (udostępnieniu na stronie internetowej ani przekazaniu innym wykonawcom w postępowaniu) – stanowią załączniki do protokołu, które nie są jawne zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp oraz dotyczą treści i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp:

(…) 5) Zawiadomienie z dnia 26.01.2017 r.; 6) Porównanie punktowe złożonych ofert; 7) Pismo przewodnie z 16.01.2017 r. z żądaniem podpisania Protokołu z prezentacji; 8) Protokół z prezentacji w brzmieniu określonym przez Zamawiającego; 9) Pismo przewodnie Odwołującego z dnia 18.01.2017 r. zawierające zastrzeżenia do protokołu; 10) Protokół z prezentacji uzupełniony przez Odwołującego; 11) Pismo Zamawiającego z dnia 23.01.2017 r. – żądanie podpisania protokołu bez zmian i zgłoszenia zastrzeżeń w osobnym; 12) Odpowiedź Odwołującego z dnia 25.01.2017 r. – podtrzymująca stanowisko; 13) Regulamin prezentacji – Zał. 7A *[wł. 7]* do SIWZ; 14) Deklaracja Asseco do istnienia na dzień składania ofert określonych funkcjonalności premiujących (nie spełnia) – wyciąg z treści oferty Asseco (skan).

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej, złożył wyjaśnienia ustnie do protokołu, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SEDKOMP sp. j. S., S. w Siedlcach i Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnieśli o oddalenie odwołania w zgłoszeniu przystąpienia, na rozprawie podtrzymali ten wniosek.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki warunkujące wniesienie odwołania

zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest jednym z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zainteresowanym uzyskaniem zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SEDKOMP sp. j. S., S. w Siedlcach i Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, w wyniku skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego, wykazując zasadny interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Po rozpoznaniu odwołania na rozprawie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu z uwzględnieniem, że zarzuty mogą dotyczyć wyłącznie czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy – Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutu:

1. odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na nieuznanie przez zamawiającego w toku prezentacji próbki (oprogramowania) spełnienia dwóch obligatoryjnych (tzw. dopuszczających) kryteriów nr 11 i 12 dotyczących integracji, w wyniku nie uznania demonstracji tych wymagań z uwagi na ocenę, że demonstracja w tym zakresie polegała na zastosowaniu łączności zdalnej tj. dostarczeniu rozwiązania nieautonomicznego, co jest sprzeczne z pkt 26 Regulaminu prezentacji i narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba nie uwzględniła pozostałych zarzutów odwołania:

2. zaniechania przedstawienia odwołującemu wyniku oceny oferty w kryterium funkcjonalnym przez nieprzedstawienie informacji, które funkcjonalności z zaprezentowanych w ramach prezentacji nie zostały przez zamawiającego uznane i z jakiego powodu, skutkiem czego odwołujący nie ma wiedzy co do szczegółowej oceny jego oferty w tym kryterium ani co do przyczyn przyznania mu określonej liczby punktów, co jednocześnie uniemożliwia odwołującemu weryfikację i ewentualne złożenie odwołania od przyznanej mu, zaniżonej w ocenie wykonawcy punktacji i co w konsekwencji narusza art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp;
3. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum: SEDKOMP sp. j. S. S. Siedlce (lider konsorcjum) i Asseco Poland S.A. Rzeszów (członek konsorcjum), dalej „Asseco", pomimo że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp;
4. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Asseco, pomimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp;
5. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Asseco, pomimo że złożenie oferty przez tego wykonawcę jest niezgodne z ustawą, czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

– zostały one podniesione przed zakończeniem czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Na podstawie akt sprawy odwoławczej w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 – *Odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem stanowią akta sprawy odwoławczej);* załączonych do akt sprawy akt

postępowania odwoławczego zakończonego wyrokiem z dnia 10 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 1919/16 w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia rozpoznawanego odwołania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, Izba ustaliła następujący stan faktyczny w zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zamawiający opisał w SIWZ kryteria oceny ofert z podaniem wag i sposobu oceny

ofert wg tych kryteriów, następująco:

1. *Cena (C) 60%, Proporcje matematyczne wg wzoru (…);*
2. *Funkcjonalność (F) 30%, Proporcje matematyczne wg wzoru: (…),* dodatkowo wskazując:
   Przy ocenie najwyżej będzie punktowana oferta o największej funkcjonalności proponowanego rozwiązania.
   Punkty zostaną przyznane zgodnie z zasadami określonymi w tabeli funkcjonalności.
   Dla potwierdzenia funkcjonalności proponowanych przez Wykonawcę rozwiązań Zamawiający zorganizuje prezentację tych rozwiązań wg. zasad określonych w załączniku nr 7A (wł. 7) *do SIWZ* (pkt XIII. 2);
3. *Czas reakcji serwisu (dotyczy wyłącznie specjalistycznego oprogramowania aplikacyjnego – usługi elektroniczne i doposażenie), 5 %, Punktacja w skali (…);*
4. *Okres gwarancji/ serwisu (dotyczy wyłącznie specjalistycznego oprogramowania aplikacyjnego - usługi elektroniczne i doposażenie), 5 %, Punktacja w skali (…).*

W Załączniku nr 7 do SIWZ, Zasady przeprowadzenia prezentacji – Regulamin, zamawiający zamieścił postanowienia:

1. *W celu przeprowadzenia oceny weryfikującej spełnianie wymagań funkcjonalności (…) organizuje się prezentację ofert Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.*
2. *Oferty Wykonawców będą oceniane według scenariusza prezentacji stanowiącego załącznik do niniejszego regulaminu. (…)*

10. *Przedstawiciele Wykonawcy muszą być przygotowani do udzielania odpowiedzi na pytania Zamawiającego dotyczące prezentowanego Systemu.*
11. *Prezentacje będą jawne i przeprowadzone zostaną w siedzibie Zamawiającego, indywidualnie dla każdego Wykonawcy, w terminie wyznaczonym w drodze wcześniejszego Przebieg zostanie losowania. każdej indywidualnej prezentacji udokumentowany odpowiednim protokołem.*
12. *Dla przeprowadzenia prezentacji Zamawiający udostępni pomieszczenie wyposażone w projektor i zasilanie energetyczne.*

13. *Podczas prezentacji oferty Wykonawcy nie przewiduje się obecności przedstawicieli innych Wykonawców w tym tych, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (…)*
15. *Zamawiający oczekuje przedstawienia oferty według następującego programu: (…) Czas prezentacji – 80 min. (…).*
19. *Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany parametrów wprowadzanych do oferowanego rozwiązania w czasie prezentacji by sprawdzić jego rzeczywiste działanie.*
20. *Ocena spełnienia wymagań określonych w SIWZ przez specjalizowane oprogramowanie aplikacyjne jest realizowana dwuetapowo w zakresie określonego zbioru kryteriów wg załącznika 7B do SIWZ: Etap 1: weryfikacja 10 kryteriów dopuszczających; Etap 2: weryfikacja 17 kryteriów premiujących. (…)*
25. *Na potrzeby prezentacji Wykonawca dostarczy skonfigurowane rozwiązanie wyposażone we wszystkie dane i skonfigurowane w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia prezentacji według scenariusza.*
26. *Rozwiązanie dostarczone przez Wykonawcę na potrzeby prezentacji musi funkcjonować autonomicznie bez konieczności wykorzystywania zewnętrznych danych (pliki elektroniczne, bazy danych, rejestry, serwisy informacyjne, usługi sieciowe, itp.) i zasobów (moc obliczeniowa, nośniki pamięci, przestrzeń dyskowa, archiwa, itp.). (…)*
28. *Ocena kryteriów:*
    a. *Ocena kryteriów dopuszczających jest prowadzona według jednej skali logicznej prawda/fałsz dla wszystkich kryteriów.*
    b. *Ocena kryteriów premiujących jest prowadzona według indywidualnych skal punktowych dla każdego z kryteriów.*
29. *Ocena prezentowanego rozwiązania:*
    a. *Ocenę końcową prezentowanego rozwiązania stanowi spełnienie wymaganego kryteriów dopuszczających i suma punktów przyznanych dla wszystkich kryteriów premiujących.*
    b. *Warunkiem koniecznym ustalenia oceny prezentowanego rozwiązania jest uzyskanie*

min. 90% ocen prawda dla zbioru weryfikowanych kryteriów dopuszczających. (…).

Prezentacja przedstawiona przez obu wykonawców odbyła się 4 stycznia 2017 r.

Zamawiający przesłał odwołującemu przy piśmie z dnia 16 stycznia 2017 r. protokół z pokazu w dniu 4 stycznia 2017 r. z podpisami trzech przedstawicieli zamawiającego, z prośbą o podpisanie protokołu przez przedstawicieli odwołującego, w wyznaczonym terminie do dnia 18 stycznia 2017 r.

Odwołujący przesłał zamawiającemu pismo z dnia 18 stycznia 2017 r., w którym wskazał, że protokół jest nieprecyzyjny, dlatego nie może go podpisać, przedstawił braki

w protokole, wniósł o uzupełnienie protokołu przez doprecyzowanie w zakresie dotyczącym m.in. kryteriów dopuszczających nr 11 i 12. W załączeniu do pisma odwołujący przesłał zamawiającemu protokół z naniesionymi uzupełnieniami podpisany przez przedstawicieli odwołującego uczestniczących w prezentacji.

W dwóch kolejnych pismach: zamawiającego z dnia 23 stycznia 2017 r. i odwołującego z dnia 25 stycznia 2017 r., strony podtrzymały swoje stanowiska dotyczące protokołu z prezentacji, w konsekwencji nie podpisując przez przedstawicieli obu stron żadnej wersji.

W protokole (w wersji zamawiającego) wpisano m.in., że: *Zamawiający zakwestionował prezentację w zakresie integracji prezentowanego rozwiązania z systemami informatycznymi eksploatowanymi przez zamawiającego (pkt 5.8). Wykonawca udzielił dodatkowych wyjaśnień technicznych dotyczących wskazanego sposobu i implementacji ww. integracji w odniesieniu do zakwestionowania przez zamawiającego spełnienia kryteriów dopuszczających: 11 i 12. Wykonawca opisał słownie Zamawiającemu architekturę oferowanego rozwiązania, jako portalową i przedstawił sposób zaimplementowania mechanizmu integracji (pkt 5.9). Zamawiający przyjął dodatkowe wyjaśnienia udzielone przez Wykonawcę, ale podkreślił, że Wykonawca przedstawił funkcjonalności dotyczące takiej integracji bez wykazania jej rzeczywistego funkcjonowania demonstrując tylko sam interfejs tej integracji i jego sprawność na przykładzie wymiany danych realizowanej przez oferowane rozwiązanie w trybie zapętlonego interfejsu na to rozwiązanie (pkt 5.10). Po zakończeniu prezentacji w zakresie wskazanych funkcjonalności Zamawiający wyraził także zgodę na udzielenie przez Wykonawcę dodatkowego wyjaśnienia w formie demonstracji wymaganego zakresu integracji polegającej na wymianie danych realizowanej przez oferowane rozwiązanie w trybie łączności ze zdalnym rozwiązaniem wdrożonym poza* środowiskiem *informatycznym Zamawiającego (pkt 5.11).*

W protokole (w wersji odwołującego) odnośnie pkt 5.8 i 5.11, w których wskazano różnice, dodano m.in.:

5.8. (…) ***ze względu na okoliczność, iż Wykonawca zademonstrował mechanizm integracji i pokazał protokół komunikacyjny, ale nie zademonstrował rzeczywistego funkcjonowania integracji z więcej niż jednym systemem.***

5.11. ***Po zakończeniu prezentowania scenariusza funkcjonalności premiującej 17,*** *(…)* ***Wykonawca dokonał prezentacji tego zakresu. Zamawiający stwierdził, iż wykonana prezentacja rozwiewa wątpliwości wskazane w punkcie 5.8.***

W Raporcie dotyczącym prezentacji odwołującego, zamawiający wskazał: (…)

5. Wnioski: (…)

5.2. Wykonawca spełnił wymagania techniczne ustalone dla prezentacji.

5.3. Wykonawca przygotował prezentację i zademonstrował wskazany zbiór funkcjonalności dopuszczających i premiujących w czasie określonym przez scenariusz prezentacji.

5.4. Wykonawca zademonstrował wszystkie wskazane funkcjonalności z zakresów i określonych przez scenariusz funkcjonalności dopuszczających premiujących prezentacji.

5.5. Wykonawca nie spełnił kryteriów dopuszczających 11 i 12 wykazując tym samym spełnienie kryteriów dopuszczających w 80%, co nie wystarcza do uznania oferty za

spełniającą wymagania SIWZ na podstawie pkt. 29.B [wł. b] *Regulaminu prezentacji według załącznika 7A* [wł. 7] *do SIWZ w brzmieniu: „29.b) Warunkiem koniecznym ustalenia oceny prezentowanego rozwiązania jest uzyskanie min. 90% ocen prawda dla zbioru weryfikowanych kryteriów dopuszczających."*

5.6. Zamawiający nie uznał demonstracji spełnienia wymagań integracji, jako dowodu spełnienia kryteriów dopuszczających 11 i 12, o której mowa w pkt. 5.11, ponieważ polegała na zastosowaniu łączności zdalnej tj. dostarczeniu rozwiązania nieautonomicznego, co jest sprzeczne z pkt. 26 Regulaminu prezentacji według załącznika 7A do SIWZ w brzemieniu: „26. Rozwiązanie dostarczone przez Wykonawcę na potrzeby prezentacji musi funkcjonować autonomicznie bez konieczności wykorzystywania zewnętrznych danych (pliki elektroniczne, bazy danych, rejestry, serwisy informacyjne, usługi sieciowe, itp.) i zasobów (moc obliczeniowa, nośniki pamięci, przestrzeń dyskowa, archiwa, itp.)."

5.7. Zamawiający ocenił prezentacje Wykonawcy. Ocena prezentacji została przedstawiona w załączniku nr 2.

6. Załączniki:

6.1. Załącznik 1: Protokół z wykonania prezentacji Comarch Healthcare.

6.2. Załącznik 2. Ocena spełnienia wymagań. Prezentacja Comarch Healthcare.

W Załączniku 2 do Raportu z prezentacji oferty odwołującego zamawiający wskazał, że Etap 1: Ocena 10. kryteriów dopuszczających (według jednej skali logicznej prawda/fałsz dla wszystkich kryteriów) wybranych losowo z grupy 40. wytypowanych z całego zakresu wskazanego w SIWZ – nie uwzględniono kryteriów 11 i 12. Etap 2: Ocena 17 kryteriów premiujących (według indywidualnych skal punktowych dla każdego z kryteriów) wytypowanych z całego zakresu wskazanego w SIWZ – przyznano 36 punktów, wskazując ilość punktów w każdym kryterium od 1 do 17.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (treść oferty nie odpowiada treści SIWZ), podając w uzasadnieniu Zawiadomienia z dnia 26 stycznia 2017 r., że:

1. Wykonawca nie spełnił kryteriów dopuszczających 11 i 12 wykazując tym samym spełnienie kryteriów dopuszczających w 80%, co nie wystarcza do uznania oferty za spełniającą wymagania SIWZ na podstawie pkt. 29.B [wł. b] *Regulaminu prezentacji według załącznika 7A* [wł. 7] *do SIWZ w brzmieniu: "29.b) Warunkiem koniecznym ustalenia oceny prezentowanego rozwiązania jest uzyskanie min. 90% ocen prawda dla zbioru weryfikowanych kryteriów dopuszczających."*

2. Zamawiający nie uznał demonstracji spełnienia wymagań integracji, jako dowodu spełnienia kryteriów dopuszczających 11 i 12, o której mowa w pkt. 5.11, ponieważ polegała na zastosowaniu łączności zdalnej tj. dostarczeniu rozwiązania nieautonomicznego, co jest sprzeczne z pkt. 26 Regulaminu prezentacji według załącznika 7A [wł. 7] *do SIWZ w brzemieniu: "26. Rozwiązanie dostarczone przez Wykonawcę na potrzeby prezentacji musi funkcjonować autonomicznie bez konieczności wykorzystywania zewnętrznych danych (pliki elektroniczne, bazy danych, rejestry, serwisy informacyjne, usługi sieciowe, itp.) i zasobów (moc obliczeniowa, nośniki pamięci, przestrzeń dyskowa, archiwa, itp.)."*

Jednocześnie Zamawiający informuje, że pomimo odrzucenia oferty po całkowitym podsumowaniu wszystkich kryteriów oceny ofert, punktacja przedstawiałby się następująco:

- Comarch Healthcare S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków - 84,64 pkt.

- Konsorcjum firm: Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, SEDKOMP, ul. Czerwonego Krzyża 41, 08-110 Siedlce - 89,07 pkt.

W załączeniu porównanie punktowe złożonych ofert.

Na rozprawie:

1. Odwołujący złożył w pierwszym dniu rozprawy dowód w postaci wykresu prezentowanej integracji w kryteriach dopuszczających 11 i 12 i porównawczo w kryterium dopuszczającym 33. W drugim dniu rozprawy złożył „Pismo procesowe odwołującego", w którym co do zasady, podtrzymał prezentowane w odwołaniu stanowisko.
2. Zamawiający złożył w dniu 23 lutego 2017 r. (po zamknięciu rozprawy w dniu 22 lutego 2017 r.) „Załącznik do protokołu rozprawy".

Strony i uczestnik postępowania podtrzymali na rozprawie swoje stanowiska.

Zamawiający oświadczył podtrzymując stanowisko wielokrotnie w toku rozprawy, że nie dokonał dalszego badania oferty odwołującego (kryteria premiujące) z uwagi na niespełnienie kryteriów dopuszczających nr 11 i 12, co ustalono w wyniku prezentacji mającej miejsce w dniu 4 stycznia 2017 r., uznając tym samym podstawę do odrzucenia oferty z wyłączeniem badania jako bezprzedmiotowego w zakresie pozostałych kryteriów funkcjonalności oraz kryteriów oceny ofert.

W kwestii badania funkcjonalności rozwiązania oferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego, zamawiający stwierdził, że oferta tego wykonawcy poza

przeprowadzeniem prezentacji nie została zbadana, tym bardziej nie została poddana ocenie końcowej. Oświadczył, że etap badania i oceny tej oferty, z uwagi na odrzucenie oferty odwołującego, jest w toku. Uczestnik postępowania nie był też wzywany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy.

Analogiczną argumentację zamawiający przedstawił w sprawie informacji zamieszczonej w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, oświadczając, że przedstawiona na str. 2 pisma z 26 stycznia 2017 r. punktacja obu ofert, jest ustaleniem symulacyjnym, przyjętą hipotetycznie punktacją na podstawie obu złożonych ofert, na co wskazuje określenie „punktacja przedstawiałaby się", zwłaszcza, że oferta odwołującego odrzucona wyłącznie z powodu niespełnienia dwóch kryteriów dopuszczających nie podlegała dalszemu badaniu, a oferta uczestnika postępowania poza prezentacją nie została poddana badaniu.

Odwołujący uzyskał w toku rozprawy wgląd do dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego, w tym symulacyjnej wg zamawiającego oceny w kryteriach premiujących (raport z punktacją), co ma odniesienie do podniesionego w odwołaniu zaniechania wskazanego jako zarzut nr 2. Ocena w kryteriach premiujących nie stanowiła podstawy odrzucenia oferty.

Oceniając zebrany materiał dowodowy, Izba uznała.

Na podstawie ustalonego stanu rzeczy w toku postępowania, z uwzględnieniem okoliczności, że:

1. odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło wobec niespełnienia dwóch kryteriów dopuszczających nr 11 i 12 (wg SIWZ możliwe było niespełnienie wyłącznie jednego kryterium dopuszczającego);
2. nie dokonano oceny końcowej prezentowanego rozwiązania przez odwołującego – gdyż zgodnie z pkt 29 Regulaminu prezentacji, lit. a: Ocenę końcową prezentowanego rozwiązania stanowi spełnienie wymagań kryteriów dopuszczających i suma punktów przyznanych dla wszystkich kryteriów premiujących, lit. b: Warunkiem koniecznym ustalenia oceny prezentowanego rozwiązania jest uzyskanie min. 90% ocen prawda dla zbioru weryfikowanych kryteriów dopuszczających; co oznacza, że ocena końcowa prezentowanego rozwiązania odwołującego nie mogła być dokonana wobec braku uzyskania min. 90% ocen prawda dla zbioru weryfikowanych kryteriów dopuszczających;
3. zarzuty wobec oferty uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione w pkt 3-5 w odwołaniu, zostały oparte na tych samych podstawach faktycznych: w toku prezentacji uczestnik postępowania przedstawił rozszerzony zakres funkcjonalności w stosunku do zaoferowanego w ofercie, w sytuacji, gdy wg oświadczenia zamawiającego nie dokonał

on jeszcze oceny końcowej prezentowanego rozwiązania, którą stanowi spełnienie wymagań kryteriów dopuszczających i suma punktów przyznanych dla wszystkich kryteriów premiujących

– Izba uznała, że zarzuty przedstawione w odwołaniu w pkt 3-5 dotyczą zaniechania czynności, które może być dopiero ewentualnym skutkiem zakończonej procedury badania i oceny ofert.

W kwestii podniesionej przez odwołującego o przyznaniu uczestnikowi postępowania 55 pkt w ramach oceny funkcjonalności (wg zamawiającego punktacja symulacyjna), tj. maksymalnej ilości punktów w tym kryterium, co oznacza, że w toku prezentacji wykonawca dopuścił szersze funkcjonalności niż zaoferowane w ofercie, gdyż niektóre wymagane

funkcjonalności nie są realizowane (oświadczenie w ofercie „Nie spełnia"), przystępujący wyjaśnił na rozprawie, wskazując tabelę 7 zamieszczoną w odwołaniu (są to strony 15-17 oferty), przykładowo lp. 12 w 4. kolumnie „Realizacja", że opisał spełnianie funkcjonalności w sposób narastający, od góry do dołu, przy czym opis górny wskazywał najmniej spełniane wymagania, a począwszy od 3. wiersza opisu do dołu – spełnianie pełne (kaskada). Powyższy opis oznacza, że wykonawca spełnia wszystkie wymagania w najwyższym stopniu. Konstrukcja opisu dokonanego przez wykonawcę wynika z opisu zamieszczonego w SIWZ – 4. kolumna tabeli pt. „Realizacja".

Ocena oferty tego wykonawcy nie została zakończona. Zamawiający nie wzywał jeszcze przystępującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jako wykonawcy, którego ofertę oceniono jako najkorzystniejszą, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba nie oceniała zarzucanego w odwołaniu zaniechania zamawiającego, podzielając stanowisko zamawiającego i uczestnika postępowania, że w przedstawionych okolicznościach, zarzuty wskazane w pkt 3-5 odwołania są przedwczesne.

Izba też uznała, że informacja zamawiającego zamieszczona w piśmie z dnia 26 stycznia 2017 r. o uzyskanej przez wykonawców punktacji, która „przedstawiałaby się (…)", pomimo odrzucenia oferty odwołującego i niezakończonej procedury badania i oceny oferty uczestnika postępowania odwoławczego, jako hipotetyczna, nie powinna być zamieszczona w tym piśmie na zasadzie symulacyjnej punktacji.

W zakresie uwzględnionego zarzutu nr 1 – odrzucenia oferty z powodu nie spełnienia kryteriów dopuszczających w toku prezentacji funkcjonalności nr 11 i 12, Izba uznała.

Przy dopuszczalności niespełnienia jednego kryterium dopuszczającego spośród wymaganych 10., podstawę odrzucenia oferty stanowiło niespełnienie dwóch kryteriów dopuszczających, ustalone w wyniku przeprowadzonej prezentacji.

Celem prezentacji, zwanej też w dokumentach demonstracją, a na rozprawie próbką, była ocena weryfikująca spełnianie wymagań funkcjonalności przez oferowane specjalizowane oprogramowanie aplikacyjne usług elektronicznych (programowe usługowe rozwiązanie informatyczne) i doposażenia środowiska informatycznego zamawiającego, (programowe aplikacyjne rozwiązanie informatyczne), w zakresie wymagań określonych w SIWZ dla ww. specjalizowanego oprogramowania aplikacyjnego.

W toku prezentacji przedstawiono opisane oprogramowania utworzone przez wykonawców wyłącznie w celu prezentacji funkcjonalności, stanowiące produkt potwierdzający spełnianie oferowane dostawy wymagań określonych przez przez zamawiającego, wskazanych w SIWZ. Oprogramowanie nie pozostało w dyspozycji zamawiającego. Jedynym dowodem z przeprowadzonej prezentacji jest wskazany w pkt 11 Regulaminu prezentacji „odpowiedni protokół". Protokół jest właściwym dokumentem, a więc dowodem, o ile został podpisany zgodnie z wymaganiami zamawiającego – przez przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy – po 3. przedstawicieli każdej ze stron.

Zasady protokołowania zdarzeń wskazują na konieczność bieżącego odnotowywania czynności w celu ich utrwalenia w dokumencie, podpisanym (akceptowanym) przez odpowiednich przedstawicieli biorących udział w czynności. Przed złożeniem pod treścią protokołu podpisów przez uprawnione osoby, powinny zostać wyjaśnione wszelkie wątpliwości oraz rozbieżności dotyczące treści protokołu.

Uzgadnianie treści protokołu w późniejszym terminie nie przyniosło efektu, skutkiem czego każda ze stron dysponuje swoją wersją protokołu, podpisanego przez swoich przedstawicieli.

Zamawiający nie utrwalił w inny sposób przebiegu prezentacji, stąd wnioski dowodowe odwołującego przedstawione w części oznaczonej III, str. 3 odwołania, pkt 1-4, należało uznać za bezprzedmiotowe.

Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego (obecni na rozprawie uczestnicy prezentacji ze strony zamawiającego), przedstawiciele zamawiającego sporządzali odręczne notatki z przebiegu prezentacji, nie zostały one ujawnione na rozprawie.

Na rozprawie zamawiający potwierdził, że wyraził zgodę na dodatkową demonstrację, która odbyła się w czasie przeznaczonym na prezentację i jej wynikiem było wykazanie wymaganych integracji. Uznał jednakże, że prezentacja została przedstawiona po połączeniu się z systemem zewnętrznym, poza siedzibą zamawiającego wobec pojawienia się na ekranie logo Szpitala im. Kopernika w Gdańsku. Stwierdził, że korzystanie z systemu

zewnętrznego podczas dodatkowej czynności prezentacji odwołującego, wynikało nie tylko z samego logo, ale również z internetowego adresu szpitala, który został wybrany w przeglądarce (internetowa łączność funkcjonowała przez czas prezentacji). Podkreślił, że odwołujący jako wykonawca oraz opiekun serwisowy systemu Szpitala w Gdańsku, miał możliwości techniczne, nieznane zamawiającemu, łączenia się z systemem zewnętrznym.

Odwołujący oświadczył przecząc tym stanowisku zamawiającego, że był dostawcą systemu Szpitala im. Kopernika w Gdańsku, ale z systemem tym nie było połączenia. W przeglądarce internetowej nie wpisywał adresu internetowego szpitala, a jedynie localhost, tj. adres umożliwiający połączenie z lokalnym zainstalowanym na tym samym komputerze oprogramowaniem i rzeczywiście ukazało się tam logo (znak graficzny z napisem Copernicus).

Przedstawione na rozprawie elementy techniczne prezentacji w toku powtórzonych, dopuszczonych przez zamawiającego czynności w czasie przeznaczonym na prezentację, nie zostały odzwierciedlone w protokole z przebiegu prezentacji, co przesądza o braku dowodu łączności z systemem Szpitala w Gdańsku, jako systemem zewnętrznym.

Informacje na temat łączności z podaniem adresu internetowego placówki, zamawiający przedstawił w Załączniku do protokołu rozprawy złożonym po jej zamknięciu, podnosząc dodatkowe okoliczności sprawy.

Izba wskazuje, że po stronie zamawiającego leżał obowiązek udokumentowania nieprawidłowości jakie miały miejsce w trakcie prezentacji, w taki sposób aby było możliwe stwierdzenie, czy nie popełnił błędu przy ocenie informacji jakie dostrzegł na komputerze odwołującego (rzekomego połączenia ze źródłem zewnętrznym), tym bardziej, że powinien był zadać wykonawcy ewentualnie pytanie, co przewidział w regulaminie, a nie samodzielnie rozstrzygać wątpliwości bez umożliwienia wykonawcy odniesienia się na bieżąco, tym bardziej, że czas na prezentację nie upłynął. Na obecnym etapie postępowania wykonawca nie ma żadnej możliwości odtworzenia przebiegu prezentacji, przeciwko czemu sprzeciwiałby się zamawiający wskazując na odmienne warunki, niż te w jakich prezentacja miała miejsce. Istotnym było ustalenie, że produkt rzeczywiście realizuje funkcjonalności zadeklarowane w ofercie, a taki wynik dała powtórzona prezentacja (co ważne – w wyznaczonym czasie, a więc w trakcie przewidzianym dla wykonawcy, a nie po zakończeniu prezentacji), gdzie wyświetlono zmienione dane w bazie, z którą aplikacja się połączyła. Powyższe ustalenie jest nadrzędne wobec wątpliwości zamawiającego w żaden sposób nieutrwalonych i przedstawionych wykonawcy formalnie dopiero w informacji o odrzuceniu oferty. Ponadto, w dokumentacji dotyczącej prezentacji wystąpiły nieścisłości w regulaminie, w którym odwoływano się do scenariusza, faktycznie niezałączonego. Wskazane dopiero na rozprawie oczekiwania zamawiającego co do wyników działania aplikacji i przedstawienia danych zmienionych na bieżąco w trakcie prezentacji w bazie

danych, nie zostały formalnie omówione w dokumencie, w oparciu o który prezentacje były przeprowadzane. W tym kontekście również nieuprawnione było przyjęcie przez zamawiającego, że ponowna prezentacja działania aplikacji po zakończeniu scenariusza (niedookreślonego w SIWZ), nie była już oceniana.

Zatem, uwzględnienie zasadnego w tym zarzucie odwołania, oznacza nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty bez unieważnienia prezentacji próbki, która formalnie odbyła się i nie podlega powtórzeniu. W tej sytuacji po stronie zamawiającego leży decyzja co do dalszych czynności, których nie podejmował, również wobec oferty drugiego wykonawcy, w tym oceny ofert w kryteriach, uwzględniając zmienioną niniejszym wyrokiem ocenę próbki odwołującego w kryterium 11 i 12.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, zatem orzekła jak w sentencji wyroku na

podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając, że naruszenie przepisów ustawy przez czynność zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba nie uwzględniła wniosków odwołującego o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków i opinii biegłego. Fakty, co do przebiegu prezentacji w wersji odwołującego zostały przedstawione w propozycji poprawionego protokołu z przebiegu prezentacji. Ustalenie stanu faktycznego sprawy nie wymagało wiadomości specjalnych, zatem przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego nie było nieodzowne, natomiast przedłużyłoby postępowanie odwoławcze.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, odwołujący nie zastrzegł informacji, jako niepodlegających udostępnieniu z uwagi na fakt, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Kopie dokumentów wskazanych jako załączniki do odwołania oznaczonych nr 5-12 z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, zostały przekazane Izbie przez zamawiającego w kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, bez takiego zastrzeżenia ze strony odwołującego. Zastrzeżenie dokumentów na etapie postępowania odwoławczego, niezastrzeżonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest nieskuteczne.
Na marginesie sprawy Izba wskazuje, że odwołujący nie przedstawił uzasadnienia zastrzeżenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z późn. zm.).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis w kwocie 15 000 zł uiszczony przez odwołującego oraz zasądziła na jego rzecz uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, łącznie 18 600 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……

……