Sygn. akt: KIO 2643/14

WYROK
z dnia 30 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sokołowie Podlaskim, ul. Ks. Jana Bosko 5, 08-300 Sokołów Podlaski**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Sokołowie Podlaskim, ul. Ks. Jana Bosko 5, 08-300 Sokołów Podlaski** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Siedlcach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: 2643/14

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„wykonanie Systemu e-zdrowie w SPZOZ w Sokołowie Podlaskim”.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 listopada 2014 r. pod numerem 2014/S 219-387407.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie dotyczącym modyfikacji terminu składania ofert, kryteriów oceny ofert, uprawnienia Zamawiającego do przeprowadzenia prezentacji oferowanego oprogramowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, uregulowanych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez:
   a) wprowadzenie dokumentem pt.: *Zmiana treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia* z dnia 3 grudnia 2014 r. nowych kryteriów oceny ofert i zmodyfikowanie treści § 18 ust. 1 SIWZ poprzez wprowadzenia kryterium

„funkcjonalność oferowanego rozwiązania, któremu przyznaje się 30 pkt". Odwołujący podniósł, że kryterium to wskazuje na takie funkcjonalności oprogramowania, które forują jednego wskazanego wykonawcę. Co więcej, jak podkreślił Odwołujący, powszechnie ugruntowany pogląd stanowi, że zmiana kryterium oceny ofert jest niedozwolona i stanowi podstawę do unieważnienia postępowania.

b) dokonanie modyfikacji SIWZ w dniu 3 grudnia 2014 r. oraz 5 grudnia 2014 r., wskutek których Zamawiający ma prawo żądania próbki oferowanego oprogramowania niezgodnie z innymi zmodyfikowanymi dnia 3 grudnia 2014 r. zapisami SIWZ oraz „wybiórczo", wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

2. zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, uregulowanych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 29 ust 1 i 2 ustawy, a także uchybienie dyspozycji art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ewentualnie art. 38 ust. 6 ustawy Pzp poprzez:

a) wprowadzenie w dokumencie pt.: *Zmiana treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia* z dnia 3 grudnia 2014 r. modyfikacji § 15 ust. 1 i ust. 3 SIWZ oraz modyfikacji informacji dotyczących terminu składania i otwarcia ofert, zawartych

na pierwszej stronie SIWZ, poprzez zmianę terminu składania i otwarcia ofert, ustalając go na 29 grudnia 2014 r. (przedłużenie wyłącznie o 7 dni), co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz innych przepisów ustawy Pzp, gdyż modyfikacje SIWZ miały charakter istotny oraz skutkowały wprowadzeniem zmian w ogłoszeniu o zamówieniu.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania;
ewentualnie (w przypadku braku uznania powyższego wniosku):
- uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób dostosowujący ją do zgodności z ustawą Pzp.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że uprzednio wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu, iż opis przedmiotu zamówienia ewidentnie odnosi się do jednego forowanego produktu określonego producenta. Wskazano szereg przepisów charakteryzujących architekturę konkretnego systemu informatycznego. W konsekwencji Zamawiający uznał część zarzutów odwołania i w dniu 3 grudnia 2014 r. oraz 5 grudnia 2014 r. i zmodyfikował zapisy SIWZ. Zdaniem Odwołującego, poprzez fakt uznania zarzutów Zamawiający potwierdził zastrzeżenia Odwołującego. Jednakże zamiast dokonać modyfikacji, które otworzyłby postępowanie na produkty konkurencyjne, Zamawiający postanowił w inny sposób ograniczyć konkurencję.

Odnośnie zarzutu dotyczącego modyfikacji kryteriów oceny ofert Odwołujący podniósł, że Zamawiający zmodyfikował zapisy SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający może zmienić treść SIWZ w uzasadnionych przypadkach.

Zdaniem Odwołującego, zmiana kryteriów nie stanowi uzasadnionego przypadku. W pierwotnej wersji kryteria oceny były jasne i nie wprowadzały istotnych kontrowersji, natomiast obecnie wprowadzenie do kryterium oceny ofert elementów technicznych, które cechują architekturę konkretnego systemu powoduje, że postępowanie należy określić jako niekonkurencyjne.

Odwołujący podał, że wskutek odwołania od pierwotnych zapisów SIWZ, Zamawiający zmienił wymaganie z Załącznika 1a do SIWZ, str. 1, Lp. 3, które brzmiało: „Oferowany *musi umożliwiać pracę w modelu system równoczesną zarówno dwuwarstwowym (desktopowym) jak i trójwarstwowym (webowym), zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego".* Zmiana dokonana została zgodnie z sugestią Odwołującego i

zmieniony zapis otrzymał brzmienie: „Oferowany *system musi umożliwiać pracę w modelu*

dwuwarstwowym (desktopowym) lub trójwarstwowym (webowym).”

Dodatkowo Odwołujący żądał, aby wykreślono zapis - wymaganie z Załącznika 1a do SIWZ, str. 1, Lp. 6, który brzmiał: „Zakres *używanych skrótów klawiszowych musi być spójny między wersjami architektur systemu.”* Zamawiający nie wykreślił go jednak, a doszedł do wniosku, że wymaganie to nie jest wymaganiem bezwzględnym.

Pomimo takich zmian i pozornego otwarcia postępowania na systemy konkurencyjne, Zamawiający postanowił zamknąć dostęp do postępowania w inny sposób, a mianowicie powyższe wymagania wprowadzić do kryteriów oceny ofert. Zamawiający wprowadził zapis: „Modyfikuje *się treść par. 18. ust. 1 SIWZ i otrzymuje on brzmienie:*
1. *Kryteria oceny ofert i znaczenie tych kryteriów:*
cena brutto 61 pkt
czas gwarancji na dostarczony sprzęt 9 pkt
funkcjonalność oferowanego rozwiązania 30 pkt
Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, która otrzyma największą ilość punktów w sumie za poszczególne kryteria.”

Zdaniem Odwołującego, takie działanie jednoznacznie wskazuje na forowanie produktu i producenta (który znany jest Odwołującemu), co narusza podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych.

Dokonując analizy poprawności formalnej takiego działania Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, że zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwem KIO, zmiana treści SIWZ nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert. Pomimo, że obecnie ustawa Pzp jednoznacznie tego nie stanowi - to należy to wyinterpretować z zasad ogólnych zamówień publicznych, tj. art. 7 i art. 29 ustawy Pzp. Przykład takiej niedozwolonej modyfikacji, jak wskazuje Odwołujący, można zaobserwować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało unieważnione przez Zespół Arbitrów wyrokiem z dnia 22 lutego 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-276/05.

Zdaniem Odwołującego, zakaz modyfikacji kryteriów oceny ofert powinien mieć charakter bezwzględny. Oznacza to, że nie można wskazać żadnego przepisu w ustawy Pzp ani innego aktu normatywnego, który pokazywałby okoliczności umożliwiające dokonanie takich zmian.

Postępowania, w których wprowadzono niedozwolone modyfikacje są obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Skutkuje to obligatoryjnym unieważnieniem takiego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez Zamawiającego lub przez Zespół Arbitrów albo Sąd Okręgowy (w zależności od tego, na jakim etapie orzekania dana sprawa się znajduje).

Zakaz dokonywania opisanych powyżej zmian specyfikacji, w ocenie Odwołującego, ma doprowadzić do przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i zapewnienia równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie. Chodzi o to, żeby nie dopuścić do manipulowania postępowaniem przetargowym. W przeciwnym wypadku, Zamawiający dokonując zmiany w warunkach udziału mógłby eliminować bądź dopuszczać do przetargu podmioty, których oferty z punktu widzenia interesu publicznego niekoniecznie byłyby najlepsze. Jest to również potwierdzenie postanowień art. 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, konieczne jest unieważnienie postępowania o udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego ewentualnie, gdyby Izba nie podzieliła tegoż wniosku, unieważnienie czynności modyfikacji kryteriów oceny ofert oraz ustalenie kryteriów oceny ofert w oparciu o kryterium „ceny ” i „czasu gwarancji ” (czyli kryteriów pierwotnych).

Odnośnie zarzutu dotyczącego wprowadzenia prezentacji oferowanego systemu Odwołujący podał, że w dniu 3 grudnia 2014 r. Zamawiający dokonując modyfikacji SIWZ wprowadził zapis:
„Modyfikuje się treść SIWZ poprzez dodanie do paragrafu 6 ustępu 4 o następującej treści:
1. Zamawiający zastrzega sobie prawo do przeprowadzenia prezentacji oferowanego rozwiązania *przed wyborem najkorzystniejszej oferty w celu potwierdzenia zgodności oferowanej funkcjonalności systemu z wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej.*
a) Zamawiający poinformuje Wykonawcę o terminie, w którym będzie przeprowadzana

prezentacja z 4 dniowym wyprzedzeniem,
b) Prezentacja odbędzie się w siedzibie Zamawiającego,
c) Wykonawca dostarczy we własnym zakresie sprzęt i oprogramowanie (w tym rzutnik) do przeprowadzenia prezentacji,
d) Czas prezentacji przewidziany jest na 3 godziny od zgłoszenia gotowości Wykonawcy do jej przeprowadzenia. Wykonawca będzie dysponował czasem 1 godziny celem przygotowania się do rozpoczęcia prezentacji z zastrzeżeniem litery e).
e) Jeśli prezentacja nie potwierdzi spełnienia parametrów określonych w dokumentacji przetargowej, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych,
f) Zakres ewentualnej prezentacji obejmować będzie funkcjonalności pochodzące z Załącznika nr 1a do SIWZ wskazane wraz z informacją, o której mowa w podpunkcie a) i nie będzie przekraczać 5 funkcjonalności z poszczególnych modułów."

Natomiast, jak podaje Odwołujący, modyfikacją z dnia 5 grudnia 2014 r. Zamawiający

wprowadził zakres prezentacji Załącznikiem 1b. W wymaganiach do zaoferowania Zamawiający wprowadził zapisy:
1. Oferowany system musi umożliwiać równoczesną pracę zarówno w modelu dwuwarstwowym (desktopowym) lub trójwarstwowym (webowym), zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego.
2. Zakres używanych skrótów klawiszowych musi być spójny między wersjami architektur systemu.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił po pierwsze, że niedopuszczalne jest takie określenie uprawnień Zamawiającego do przeprowadzenia prezentacji, jak w tym przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający zastrzega sobie prawo „wybiórczo" do przeprowadzenia prezentacji danego systemu, co oznacza, że wykonawca, który nie jest forowany w tym przetargu zostanie zaproszony do zaprezentowania funkcjonalności, natomiast podmiot „umówiony" z Zamawiającym niekoniecznie będzie musiał zaprezentować produkt. Tak więc idea prezentacji systemu, także okazuje się elementem „zamykającym" równy dostęp do niniejszego przetargu. Aby wyrównać szanse wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, Odwołujący wniósł, aby Zamawiający doprecyzował warunki formalne prezentacji, określając, że: „Jeżeli *Zamawiający skorzysta z uprawnienia do przeprowadzenia prezentacji oferowanego rozwiązania wobec jednego z Wykonawców, pozostali Wykonawcy biorący udział w postępowaniu także obowiązani są do zaprezentowania swoich systemów".*

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że pomimo pozornej zmiany w SIWZ, odnoszącej się do kwestii technicznych, tj. wykreślenia wymogu dwuwarstwowości i trójwarstwowości systemu oraz zakresu używanych skrótów, Zamawiający wprowadził powyższe wymogi do zakresu prezentacji. Powyższe dobitnie wskazuje na niekonkurencyjny charakter postępowania.

Co więcej, zdaniem Odwołującego, zapis w Załączniku 1b: „Oferowany *system musi umożliwiać równoczesną pracę zarówno w modelu dwuwarstwowym (desktopowym) lub trójwarstwowym (webowym), zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego",* jest nielogiczny, jeżeli system ma równocześnie pracować to powinien pojawić się spójnik „i" a nie „lub".

Podsumowująco Odwołujący stwierdził, że wykreślenie powyższych zapisów z obligatoryjnych wymogów, a następnie wprowadzenie ich do zakresu prezentacji systemu narusza zasady z art. 7 i art. 29 ustawy Pzp. Zatem, odnośnie zakresu prezentacji

Odwołujący wniósł o wykreślenie z wymagań do zaprezentowania:
1. Oferowany system musi umożliwiać równoczesną pracę zarówno w modelu dwuwarstwowym (desktopowym) lub trójwarstwowym (webowym), zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego.

2. Zakres używanych skrótów klawiszowych musi być spójny między wersjami architektur systemu.

W zakresie zarzutu dotyczącego zmiany terminu złożenia ofert Odwołujący podał, że w dniu 3 grudnia 2014 r. i 5 grudnia 2014 r. Zamawiający dokonał szereg modyfikacji SIWZ, które bezspornie mają charakter istotny. Między innymi zmiana kryteriów oceny ofert skutkowała zmianą ogłoszenia o zamówieniu publicznym, gdyż zgodnie z art. 41 pkt 9 ustawy Pzp takie kryteria są niezbędnym elementem ogłoszenia. Wobec powyższego Zamawiający był zobligowany do zmiany terminu składania ofert. Zamawiający zmienił ten termin, lecz wyłącznie o 7 dni. Mając na uwadze wartość i skomplikowany przedmiot, zdaniem odwołującego, termin ten powinien być przedłużony o dłuższy okres.

Zaniechanie przez Zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach w związku ze zmianą SIWZ może stanowić przesłankę unieważnienia postępowania. Mając na uwadze ilość zmian (modyfikacja SIWZ zajmuje 8 stron) oraz ich charakter, zdaniem Odwołującego, Zamawiający zobligowany był do wydłużenia terminu składania ofert o czas dłuższy niż 7 dni. Odwołujący powołał się na przepis art. 38 ust. 6 ustawy Pzp.

W tym przedmiotowym postępowaniu, w opinii Odwołującego, Zamawiający rażąco naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając złożenie oferty przez konkurujące podmioty. Forowany przez Zamawiającego producent ma już zapewne skompletowaną ofertę, którą planuje Zamawiającemu przedstawić. Natomiast inni Wykonawcy chcąc rzetelnie przygotować ofertę, przeanalizować zmienione funkcjonalności systemu oraz wycenić swoją pracę potrzebują znacznie dłuższego czasu. Przesunięcie o krótki (7 dniowy) okres nie wypełnia przesłanki „niezbędnego dodatkowego czasu". Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyrok KIO z dnia z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1828/09 oraz wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-499/06.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o zamianę terminu składania i otwarcia ofert, wyznaczając ten termin na dzień 15 stycznia 2015 r.

Odwołujący dalej podtrzymuje to, na co wskazywał w pierwszym odwołaniu, a

mianowicie, że suma zapisów SIWZ odnosi się do konkretnej architektury danego systemu oferowanego na rynku, stanowi ona określony produkt. Zdaniem Odwołującego, powyższe wymogi stanowią wyraz „blokowania" dostępu innych konkurencyjnych systemów. Mając na uwadze powyższe Odwołujący stoi na stanowisku, że tylko firma, która już posiada w swojej ofercie produkt spełniający powyższe wymagania jest w stanie przygotować i złożyć ofertę. Inne firmy zobowiązane byłyby wykonać „produkt dedykowany", co jest niemożliwe ze względu na krótki czas zamówienia (do maja 2015 r.). Dodatkowo sam przedmiot zamówienia dotyczy usług wdrożeniowych a nie realizacji systemu „od podstaw". Bezpodstawnym jest wskazywanie na konkretny produkt, jednocześnie dyskwalifikując inne systemy funkcjonujące na rynku.

Odwołujący podtrzymuje także, że wymagania szpitala są bezzasadne w odniesieniu do funkcji, jakie ma pełnić system szpitalny. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwem: „Określenie *przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego"* (wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 434/09).

Mając na uwadze powyższe argumenty, należy dojść do wniosku, że Odwołujący bezwzględnie uprawdopodobnił, że zapisy SIWZ utrudniają uczciwą konkurencję, zgodnie ze stanowiskiem KIO: „Po *stronie wykonawcy wystarczy jedynie uprawdopodobnić,* że *opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję"* (wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 466/09 oraz z dnia 26 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1734/11).

W takiej sytuacji ciężar dowodu zostaje przeniesiony na Zamawiającego, który powinien wykazać, że inny podmiot niż forowany spełnia także wymogi SIWZ.

„Wystarczającym *jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.* Tym *samym Zamawiający powinien skutecznie udowodnić,* że *więcej niż jeden podmiot spełnia parametry wyznaczone w specyfikacji"* (wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1502/08).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest „wykonanie *Systemu e-zdrowie w SPZOZ w Sokołowie Podlaskim polegającego na doposażeniu i modernizacji infrastruktury informatycznej placówki, ucyfrowieniu aparatów RTG i mammo oraz wdrożeniu wysoce funkcjonalnego, zintegrowanego systemu informatycznego służącego pełnej obsłudze zdarzeń medycznych i administracyjnych, a w efekcie – sprawnemu zarządzaniu SPOZ,*

posiadającego m.in. funkcję e-ZOZ i gwarantującego dostęp obywateli do rejestracji on-line oraz informacji szpitalnej. Inwestycja polegać będzie na rozbudowie sieci informatycznej o wysokiej przepustowości, wyposażeniu SPZOZ w nowoczesny sprzęt cyfrowy oraz wdrożeniu kompleksowego, zintegrowanego systemu informatycznego służącego zarządzaniu szpitalem (HIS)" (§ 3 ust. 1 SIWZ).

Termin wykonania zamówienia Zamawiający ustalił nie później niż na dzień 31 maja 2015 r. za wyjątkiem dostawy sprzętu, która ma zostać zrealizowana w terminie 6 tygodni od dnia podpisania umowy (§ 14 SIWZ).

Kryteria oceny ofert i ich znaczenie Zamawiający określił w następujący sposób: „cena *brutto 91 pkt*
czas gwarancji na dostarczony sprzęt 9 pkt" (§ 18 ust. 1 SIWZ).

W Załączniku 1a do SIWZ Zamawiający zawarł opis wymaganych funkcjonalności poszczególnych modułów, wskazując m.in., że „oferowany *system musi umożliwiać równoczesną pracę zarówno w modelu dwuwarstwowym (desktopowym) jak i trójwarstwowym (webowym), zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego"* (L.p. 3) oraz stanowiąc, że „zakres *używanych skrótów klawiszowych musi być spójny między wersjami architektur systemu"* (L.p. 6).

Termin składania i otwarcia ofert Zamawiający ustalił na dzień 22 grudnia 2014 r. (§ 15 ust. 1 i 3 SIWZ).

Pismem z dnia 3 grudnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił o zmianie treści SIWZ. Zamawiający wskazał, że modyfikuje treść § 18 ust. 1 SIWZ, który otrzymuje brzmienie: „Kryteria *oceny ofert i znaczenie tych kryteriów:*
cena brutto 61 pkt
czas gwarancji na dostarczony sprzęt 9 pkt
funkcjonalność oferowanego rozwiązania 30 pkt (…)."

Zamawiający zmodyfikował również treść § 18 ust. 2 SIWZ wskazując m.in., że: „Kryterium *funkcjonalność oferowanego rozwiązania będzie rozpatrywane na podstawie następujących zasad:*

- *za zaoferowanie systemu umożliwiającego równoczesną pacę zarówno w modelu dwuwarstwowym jak i trzywarstwowym otrzyma 10 pkt cząstkowych, oferty niespełniające tego wymogu otrzymają 0 pkt cząstkowych – Wykonawca powinien*

zaznaczyć w kolumnie „Informacje Wykonawcy" w Lp. 3 tabeli „Wymagania ogólne" w jakim modelu/modelach pracuje oferowany przez niego system
- *za zaoferowanie systemu w którym zakres używanych skrótów klawiszowych jest spójny między wersjami architektur systemu (Wymagania ogólne Lp. 6) oferta otrzyma 10 pkt cząstkowych, oferty niespełniające tego wymogu otrzymają 0 pkt cząstkowych. Wykonawca powinien zaznaczyć odpowiednio w kolumnie „Tak/Nie".*
- *Za zaoferowanie systemu spełniającego wymaganie Lp. 36 (…)."*

Zmodyfikowano treść Załącznika 1a do SIWZ tabela *Wymagania Ogólne,* gdzie pod L.p. 3 zapisano: „Oferowany system musi umożliwiać pracę w modelu dwuwarstwowym (desktopowym) lub trójwarstwowym (webowym)". Nadto, Zamawiający postanowił, że: „Wymaganie *opisane w LP. 6 – zmienia się słowo „TAK" w kolumnie „wymagane bezwzględnie" na „NIE".*

Modyfikacji uległ również § 6 SIWZ, w którym dodano ust. 4 o następującym brzmieniu: *„Zamawiający* zastrzega sobie prawo do przeprowadzenia prezentacji oferowanego rozwiązania *przed wyborem najkorzystniejszej oferty w celu potwierdzenia zgodności oferowanej funkcjonalności systemu z wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej.*

g) Zamawiający poinformuje Wykonawcę o terminie, w którym będzie przeprowadzana prezentacja z 4 dniowym wyprzedzeniem,

h) Prezentacja odbędzie się w siedzibie Zamawiającego,

i) Wykonawca dostarczy we własnym zakresie sprzęt i oprogramowanie (w tym rzutnik) do przeprowadzenia prezentacji,

j) Czas prezentacji przewidziany jest na 3 godziny od zgłoszenia gotowości Wykonawcy do jej przeprowadzenia. Wykonawca będzie dysponował czasem 1 godziny celem przygotowania się do rozpoczęcia prezentacji z zastrzeżeniem litery e).

k) Jeśli prezentacja nie potwierdzi spełnienia parametrów określonych w dokumentacji przetargowej, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych,

Zakres ewentualnej prezentacji obejmować będzie funkcjonalności pochodzące z Załącznika nr 1a do SIWZ wskazane wraz z informacją, o której mowa w podpunkcie a) i nie będzie przekraczać 5 funkcjonalności z poszczególnych modułów".

W ślad za powyższym zmieniono termin składania i otwarcia ofert wyznaczając go na dzień 29 grudnia 2014 r.

Pismem z dnia 5 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował o zmianie treści SIWZ poprzez dodanie do § 25 Załącznika nr 1b, obejmującego zakres prezentacji systemu medycznego. W przedmiotowym załączniku Zamawiający wskazał, że w odniesieniu do modułu *Wymagania ogólne,* zaprezentowaniu podlegają następujące wymagania:

system musi zarówno w modelu „Oferowany *umożliwiać równoczesną pracę dwuwarstwowym (desktopowym) lub trójwarstwowym (webowym), zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego. Zakres używanych skrótów klawiszowych musi być spójny między wersjami architektur systemu."*

Pismem z dnia 17 grudnia 2014 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ poprzez dodanie w § 6 ust. 4 po zdaniu pierwszym następującej treści: „Jeżeli *Zamawiający skorzysta z uprawnienia do przeprowadzenia prezentacji oferowanego rozwiązania wobec jednego z Wykonawców, pozostali Wykonawcy biorący udział w postępowaniu także zobowiązani są do zaprezentowania swoich systemów."*

Z informacji zawartych na stronie internetowej www.systemeskupal.pl wynika, że Zintegrowany System Informatyczny Szpitala Eskulap to zaawansowana platforma technologiczna przeznaczona dla sektora opieki zdrowotnej. Jest dynamicznie rozwijającym się i najbogatszym funkcjonalnie systemem informatycznym na polskim rynku, który realizuje zadania zarówno lecznictwa zamkniętego, jak i lecznictwa otwartego. Projekt powstał z inicjatywy pracowników Politechniki Poznańskiej, a partnerami biznesowymi przy jego wdrażaniu są m.in. firmy Konsultant IT i Konsultant Komputer.

Analiza treści SIWZ i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniach prowadzonych przez Poznański Ośrodek Reumatologiczny w Śremie SPS ZOZ, Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o., Wojewódzki Szpital Zespolony w Koninie, SP ZOZ Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych „Dziekanka" w Gnieźnie pozwoliła na ustalenie, że przedmiotem rzeczonych postępowań była rozbudowa istniejącego systemu informatycznego, będącego w posiadaniu zamawiających, którym okazał się HIS Eskulap. Wśród wymagań odnośnie funkcjonalności poszczególnych modułów wskazano, że oferowany system musi umożliwiać równoczesną

pracę zarówno w modelu dwuwarstwowym (desktopowym), jak i trójwarstwowym (webowym), zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego, a zakres używanych skrótów klawiszowych musi być spójny między wersjami architektur systemu. Najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowych postępowaniach złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsultant IT sp. z o.o. i Konsultant Komputer sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

12

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie i orzecznictwie stanowisko, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Z drugiej strony zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, „uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)".

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż Odwołujący upatruje naruszenia uczciwej konkurencji nie tyle w opisie przedmiotu zamówienia, ale w ustaleniu kryteriów oceny ofert. Jakkolwiek hipoteza przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp tej problematyki nie dotyczy, co czyni ten zarzut chybionym w świetle powoływanych okoliczności faktycznych, to rozważenia i oceny przedmiotowy zarzut wymaga na gruncie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie dostrzec należy, że z mocy przepisu art. 91 ust. 2 ustawy Pzp „funkcjonalność" jako kryterium oceny ofert jest rozwiązaniem przez ustawodawcę akceptowanym.

Odwołujący stoi na stanowisku, że wprowadzenie spornego kryterium spowodowało, iż premiowana jest architektura konkretnego systemu, co w konsekwencji oznacza, że prowadzone postępowanie nie ma charakteru konkurencyjnego. Jednakże Izba oceny tej nie podziela.

13

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że Zamawiający, na skutek działań Odwołującego, zrezygnował z pierwotnie wymaganych funkcjonalności dotyczących poszczególnych modułów. Uprzednio Zamawiający żądał, aby oferowany system umożliwiał równoczesną pracę zarówno w modelu dwu, jak i trójwarstwowym, a zakres używanych skrótów klawiszowych był spójny między wersjami architektur systemu. Zamawiający wycofując się z tego wymogu dał szerszą możliwość uczestniczenia w przedmiotowym postępowaniu podmiotom, które systemu o takich cechach nie posiadają. Natomiast, Zamawiający wprowadził premię za zaoferowanie spornych funkcjonalności, stwarzając możliwość przyznania 10 pkt cząstkowych w kryterium „funkcjonalność".

W ocenie Izby, nie sposób odmówić Zamawiającemu uprawnienia do wprowadzenia przedmiotowego kryterium, tym bardziej, że powyższe znajduje zakotwiczenie w powołanych przepisach prawa. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że jedynie System Eskulap cechuje się

spornymi funkcjonalnościami, a więc tylko ten System może być w przedmiotowym postępowaniu zaoferowany. Zamawiający w toku rozprawy wymienił wykonawców, którzy w jego ocenie, mogą złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a Odwołujący tym okolicznościom nawet nie zaprzeczył.

Zaś, co do dokumentów przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie stwierdzić należy, że stanowią one dowód tego, iż System Eskulap spełnia wymagania Zamawiającego odnośnie spornych funkcjonalności, ale nie są dowodem na to, że istnieje tylko jeden system posiadający wspomniane funkcjonalności. Przy czym dostrzeżenia wymaga, że po pierwsze, wskazywane przez Odwołującego postępowania dotyczyły rozszerzenia Systemu Eskulap, tak więc nie może dziwić, że wymagania są nie mniejsze i w oparciu o posiadany system formułowane. Po drugie, zamawiający wyartykułowali wymagania dla systemu równoważnego, co pozwala przyjąć, że takowy ofertę istnieje. Okoliczność, że najkorzystniejszą w każdym z powoływanych postępowań złożyło Konsorcjum, będące partnerem biznesowym w zakresie wdrożenia Systemu Eskulap nie przesądza jeszcze, że zamówienie może zrealizować jedynie wskazane Konsorcjum, tym bardziej, że sporne wymagania nie są w przedmiotowym postępowaniu obligatoryjne.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż dąży do umożliwienia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy oferują tylko system dwuwarstwowy lub trójwarstwowy. Odwołujący pomija jednakże, że w wyniku modyfikacji postanowień SIWZ taka zmiana została przez Zamawiającego zaakceptowana i wprowadzona.

Okoliczność, że Odwołujący posiada system trójwarstwowy i taki chciałby zaoferować nie może prowadzić do formułowania wymogów odnośnie przedmiotu zamówienia przez pryzmat produktów dostępnych na rynku. Powyższe nie stanowi również podstawy do odjęcia Zamawiającemu uprawnienia do premiowania produktów, które w najwyższym stopniu spełniają wymagania Zamawiającego. Zdecydowanie sprzeciwić należy się takim dążeniom wykonawcy, które zmierzają do pomijania potrzeb zamawiających, kosztem oferty rynkowej wykonawców.

Za całkowicie chybiony należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, który kreuje dla zamawiającego uprawnienie do zmiany treści SIWZ. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zmiana nie jest uzasadniona. Co więcej, Izba stoi na stanowisku, że co do zasady uprawnienie do zmiany postanowień SIWZ należy interpretować szeroko. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, musi mieć bowiem wpływ na treść SIWZ i prawo do odwoływania swoich oświadczeń tak, aby w jak najszerszym zakresie SIWZ odzwierciedlała intencje zamawiającego. Krępowanie zamawiającego w tym zakresie nie służy postępowaniu ani też nie wydaje się odpowiadać intencji ustawodawcy.

Dalej, Odwołujący przyjmuje, że zmiana SIWZ nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert. W ocenie Odwołującego, zakaz taki wynika z zasad ogólnych Prawa zamówień publicznym. Z tą tezą nie może się jednakże zgodzić. Po pierwsze z tej przyczyny, że w ocenie Izby, rzeczona zmiana w żaden sposób nie doprowadzi do manipulowania postępowaniem. Kryteria oceny ofert, niezależnie od tego, że zostaną zmienione, są wykonawcom znane przed terminem składania oferty, a wybór oferty najkorzystniejszej musi być dokonany w oparciu o ustalone kryteria (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp). Na tym tle nie sposób też znaleźć uzasadnienia dla twierdzenia, że ich zmiana prowadzi do nieprzestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Po drugie, wykładnia historyczna przepisu art. 38 ustawy Pzp prowadzi do wniosków wręcz odwrotnych. Dostrzec bowiem należy, że w istocie wolą ustawodawcy zakaz taki został ustanowiony, ale z dniem 24 października 2008 r. został uchylony przepis art. 38 ust. 5 ustawy Pzp statuujący go (uchylony przez art. 1 pkt 13 lit. c ustawy z dnia 4 września 2008 r., Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058). Powoływanie się więc przez Odwołującego na wnioski płynące w tym zakresie z orzecznictwa jest nieuzasadnione, bowiem dotyczą tez sformułowanych już na tle nieobowiązującego stanu prawnego.

Za całkowicie niezrozumiałe należy uznać twierdzenie Odwołującego, że wymagania Zamawiającego są bezzasadne. Stanowisko to jako pozbawione uzasadnienia faktycznego

w ogóle nie poddaje się ocenie. Nadto, uwagi wymaga, że sporne rozwiązania nie stanowią wymogów bezwzględnych.

Odnośnie zarzutu dotyczącego prezentacji oferowanego systemu Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. Treść § 6 ust. 4 SIWZ jakkolwiek adresowana do wykonawcy, to w ocenie Izby, nie pozwala, tym bardziej w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dojść do przekonania, że system będą prezentować wybrane przez Zamawiającego podmioty. Niezależnie od powyższego, Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, w dniu 17 grudnia 2014 r. zmodyfikował treść SIWZ w sposób zaproponowany przez Odwołującego właśnie. Biorąc powyższe pod uwagę, w świetle przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba ocenia ten zarzut jako nietrafny.

Izba potwierdzając uprawnienie Zamawiającego do premiowania funkcjonalności systemu szczególnie pożądanych, przez wprowadzenie elementu „funkcjonalności" do kryteriów oceny ofert, w konsekwencji nie znajduje powodów, dla których sprawdzenie systemu pod tym kątem podczas prezentacji, miałoby ograniczać konkurencję. Wykonawca zobowiązany został do zaoferowania systemu umożliwiającego pracę w modelu dwuwarstwowym lub trójwarstwowym, jeśli zaś system zabezpiecza obie możliwości, to podlegają one prezentacji. Użycie więc spójnika „lub" (alternatywy nierozłącznej) jest jak najbardziej uzasadnione, oznacza bowiem tyle, że wystarcza spełnienie jednej z alternatywnych przesłanek, ale mogą być także jednocześnie spełnione obie przesłanki i to całkowicie koresponduje z wolą Zamawiającego.

Jeśli idzie o zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i ewentualnie art. 36 ust. 6 ustawy Pzp w zakresie zmiany terminu składania i otwarcia ofert (przedłużenia jedynie o 7 dni) Izba pozostawiła przedmiotowy zarzut bez rozpoznania uwzględniając okoliczność, że Odwołujący cofnął zarzut. Zwrócić należy uwagę, że Odwołujący na mocy przepisu art. 187 ust. 8 ustawy Pzp uprawniony jest do cofnięcia odwołania, co skutkuje umorzeniem postępowania. Sięgając do reguły wnioskowania *a maiori ad minus* należało dojść do przekonania, że dopuszczalne jest również cofnięcie zarzutu. Skoro cofnięcie odwołania jest czynnością, mocą której odwołujący wycofuje wniesione odwołanie, a więc rezygnuje z rozpoznania w toku postępowania odwoławczego, to złożenie oświadczenia woli w przedmiocie cofnięcia zarzutu w określonym zakresie winno wywoływać skutki, mając na uwadze również przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględniające powyższe. Mocą złożonego oświadczenia woli Odwołujący zrezygnował z rozpoznania odwołania przez Izbę we wskazanym zakresie, co przy jednoczesnym braku podstaw do badania przez Izbę

dopuszczalności przedmiotowej czynności i braku konieczności uzyskania zgodny strony przeciwnej na dokonanie rzeczonej czynności, powoduje konieczność pozostawienia przez Izbę przedmiotowego zarzutu bez rozpoznania (wobec braku instrumentu w postaci uprawnienia do umorzenia postępowania w części).

Za całkowicie chybiony należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie sformułował bowiem żadnych uwag odnośnie opisu przedmiotu zamówienia. Nie wskazał, że ten opis jest niejednoznaczny czy też niewyczerpujący, które to okoliczności stanowią element hipotezy wskazanego przepisu.

Podobnie należy ocenić zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Naruszenie wskazanego przepisu przez Zamawiającego na obecnym etapie postępowania (po ogłoszeniu zamówienia i opublikowaniu SIWZ a przed wyborem oferty najkorzystniejszej) nie jest możliwe. Rzeczony zarzut można by przypisać Zamawiającemu, gdyby wybór oferty najkorzystniejszej był obarczony wadą, tymczasem w przedmiotowym postępowaniu ten wybór nie został jeszcze dokonany, co więcej nawet termin złożenia ofert jeszcze nie upłynął.

Reasumując stwierdzić należy, że wśród kryteriów oceny ofert mogą znaleźć się

elementy związane są z funkcjonalnością produktu, który zamierza nabyć zamawiający. Premiowanie zaś pewnych rozwiązań, na których zależy zamawiającemu zawsze prowadzi do sytuacji, że lepszą pozycję mają ci wykonawcy, którzy spełniają te wymagania. Jednakże na tym tle nieuprawnione jest formułowanie wniosku, że postępowanie ma charakter niekonkurencyjny. Każdy z wykonawców może bowiem dążyć do uzyskania rozwiązania najbardziej oczekiwanego przez zamawiającego, ale nie może wymagać, aby zamawiający poprzestał jedynie na tym, co chcą mu zaoferować wykonawcy.

Zauważyć należy, że Odwołujący nie wykazał, iż nie jest w stanie stworzyć takiego rozwiązania, a zarzut dotyczący terminu składania ofert wycofał. To prowadzi do wniosku, że Odwołujący nie jest gotowy do poniesienia dodatkowych nakładów w celu dostosowania posiadanego produktu dla potrzeb Zamawiającego, ale domaga się przyjęcia rozwiązania oferowanego na rynku przez Odwołującego. Dążenie Odwołującego nie może spotkać się z aprobatą Izby, bowiem prowadziłoby wprost do usankcjonowania stanowiska, że o przedmiocie zamówienia decydują w istocie wykonawcy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

17

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: ……

18