

Sygn. akt KIO 1496/13

WYROK
z dnia 9 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2013 r. przez CompuGroup Medical Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego III Szpital Miejski im. dr Karola Jonschera w Łodzi

przy udziale Asseco Poland Spółki Akcyjnej w Rzeszowie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża CompuGroup Medical Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CompuGroup Medical Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od CompuGroup Medical Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie na rzecz III Szpitala Miejskiego im. dr Karola Jonschera w Łodzi 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 2010 r. 113, poz. 759 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - III Szpital Miejski im. dr Karola Jonschera w Łodzi - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem **2013/S 039-061954**.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

10 czerwca 2013 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Asseco Poland Spółkę Akcyjną w Rzeszowie oraz o odrzuceniu oferty CompuGroup Medical Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, który to wykonawca 20 czerwca 2013 r. wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3, art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp polegające na:

odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego w związku ze stwierdzeniem, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, ponieważ w trakcie prezentacji oprogramowania wykonawca „wykazał, że zaoferowany produkt nie spełnia kompletnych parametrów wyznaczonych przez zamawiającego”, w sytuacji gdy w razie ewentualnego ustalenia niezgodności złożonej próbki z wymogami specyfikacji zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia procedury uzupełnienia/poprawy próbki zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp;

przekazaniu odwołującemu informacji o odrzuceniu jego oferty bez pełnego uzasadnienia faktycznego tj. bez wskazania, których „parametrów wyznaczonych przez zamawiającego” odwołujący nie zaprezentował w trakcie prezentacji, co utrudnia podjęcie przez odwołującego obrony wobec czynności odrzucenia oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności oceny oferty odwołującego, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności oceny ofert, wezwania

odwołującego do uzupełnienia/poprawy złożonej próbki systemu i powtórzenia prezentacji próbki, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że przekazana mu informacja o odrzuceniu oferty nie spełnia warunków określonych w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, co utrudnia podjęcie obrony w prowadzonym postępowaniu i jest równoznaczne z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Z tego względu czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powinny zostać unieważnione.

Odwołujący zarzucił, że podstawą odrzucenia jego oferty była bliżej niesprecyzowana niezgodność próbki oferowanego systemu z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy obowiązek traktowania złożonej próbki wynika wprost z treści odpowiednich przepisów, a w szczególności rozporządzeń wydawanych na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp. Podniósł zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia procedury sanacyjnej, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, czego zamawiający zaniechał.

Odwołujący stwierdził, iż w przypadku, w którym zamawiający uznałby, że w trakcie prezentacji odwołujący nie zademonstrował określonej funkcjonalności, zobligowany był do wezwania odwołującego do złożenia poprawionej próbki systemu, ponieważ to właśnie próbka podlegała prezentacji.

Asseco Poland Spółki Akcyjnej w Rzeszowie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, że w trakcie prezentacji – udokumentowanej nagraniem i protokołem podpisanym przez odwołującego – został ustalony brak spełniania wymagań odwołującego, zatem odwołujący posiadał wystarczającą wiedzę, co do podstaw odrzucenia swojej oferty.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Zamawiający stwierdził również, że odwołujący próbkę dostarczył na dysku nie zaś na sprzęcie przykładowo wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Pismo z 10 czerwca 2013 r. w części informującej o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zawiera uzasadnienie, że „treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, ponieważ w trakcie prezentacji oprogramowania Wykonawca wykazał, że zaoferowany produkt nie spełnia kompletnych parametrów, wyznaczonych przez Zamawiającego jako graniczne wymagane”.

Pkt 5.1.6 - str. 26 specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi, że zamawiający zastrzega sobie możliwość zaproszenia Wykonawcy by dokonał prezentacji/demonstracji oferowanego oprogramowania aplikacyjnego, zainstalowanego na swoim sprzęcie, w celu weryfikacji faktycznie oferowanej funkcjonalności ZSI według wcześniej określonego scenariusza. Prezentacji mogą dokonać wyłącznie osoby zadeklarowane jako realizujące projekt wskazane w ofercie Wykonawcy w Wykazie osób (wg Załącznika nr 12 do SIWZ). O możliwości prezentacji systemu Wykonawca zostanie powiadomiony przez Zamawiającego z zachowaniem odpowiednich terminów wymaganych w PZP. Scenariusz prezentacji systemu Wykonawca otrzyma od Zamawiającego razem z powiadomieniem o możliwości jej przeprowadzenia.

Omawiana prezentacja miała być dokonywana na podstawie próbki, której złożenia wymagał zamawiający w pkt 5.1.1 poz. 15 tabeli, str. 25 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie wskazał:

„Próbka oferowanego ZSI, umożliwiająca weryfikację oferowanych funkcjonalności, w szczególności w zakresie podlegającym ocenie punktowej w ramach kryterium oceny ofert, w postaci oprogramowania aplikacyjnego (w zakresie HIS i ERP), zainstalowanego na swoim sprzęcie (np. przenośnym komputerze) jako w pełni działającego i skonfigurowanego umożliwiającego weryfikację oferowanej funkcjonalności. Zamawiający wymaga, aby próbka została złożona wraz z ofertą.

Próbka jest rozumiana jako dokument zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z art. 97 ust. 2, zwróci próbki Wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek. Próbkę Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, Zamawiający, zgodnie z art. 97 ust. 1, przechowuje jako załącznik do protokołu przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność”.

Odwołujący złożył próbkę zainstalowaną na twardym dysku. W czasie prezentacji wystąpiły problemy związane z konfiguracją. Próbka nie zawierała wszystkich wymaganych funkcjonalności, część funkcjonalności była niezgodna z wymaganiami zamawiającego, w tym

również z wymaganiami minimalnymi. Okoliczności te są niesporne między stronami. Odwołujący potwierdził na rozprawie brak spełniania wymagań zamawiającego, podnosząc, że skutkuje to zastosowaniem trybu art. 26 ust. 3 Pzp w celu złożenia nowej próbki. Wskazał, że twardy dysk stanowi sprzęt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie,

W doktrynie i orzecznictwie wyrażane są poglądy, że próbka kwalifikowana może być albo jako dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego (dokument przedmiotowy) albo jako treść oferty.

Z jednej strony § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. oraz § 6 ust. 1 pkt 1 obowiązującego obecnie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), uznają próbkę za dokument potwierdzający spełnianie wymagań zamawiającego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z drugiej strony w wielu postępowaniach jedynie na podstawie próbki można dokonać badania i oceny złożonej oferty.

Ta dychotomia zaistniała również w postanowieniu pkt 5.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W poz. 15 tabeli zamawiający uznał próbkę za dokument, w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i jednocześnie jasno wskazał, że próbka będzie podstawą do oceny oferty.

Tym samym omawiane postanowienie specyfikacji nakazuje traktować próbkę systemu jednocześnie jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i ofertę *sensu stricto*. Sytuacja taka jest niedopuszczalna na gruncie przepisów ustawy, nie tylko z uwagi na brzmienie art. 44 Pzp, ale również dlatego, że prowadzi do konsekwencji prawnych, które wykluczają się wzajemnie. W odniesieniu do dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, winien być zastosowany tryb wskazany w art. 26 ust. 3 Pzp, natomiast braki w ofercie prowadzić mogą do odrzucenia oferty albo do dokonania jej poprawienia w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp. Przy czym zdaniem Izby zastosowanie tego przepisu w odniesieniu do próbki systemu informatycznego jest niedopuszczalne.

W tym stanie sprawy Izba – dzieląc ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że błędy popełnione przez zamawiającego przy formułowaniu treści specyfikacji nie mogą rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców – uznała, że kluczowe znaczenie ma interpretacja art. 26 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z treścią przywołanego przepisu złożenie dokumentu zawierającego błąd powoduje konieczność wezwania do uzupełnienia – tj. złożenie nowego dokumentu. Należy jednak rozważyć, jaki rodzaj błędu, którym obarczona jest próbka systemu informatycznego, może uzasadniać złożenie nowej próbki.

Izba wyraża pogląd, że błędem próbki w rozumieniu art. 26 ust. 3 Pzp jest sytuacja, w której z przyczyn technicznych obiektywnie niezawinionych przez wykonawcę nie jest możliwe uruchomienie systemu lub jego funkcjonalności oraz zaprezentowanie ich zamawiającemu. Natomiast uzupełnienie próbki jest niedopuszczalne, jeśli oferowany system nie spełnia wymagań zamawiającego, od których zależy przyjęcie oferty. Wymagania takie zwane są również w praktyce granicznymi lub minimalnymi, jeśli nie są one spełnione, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Pogląd przeciwny – uznanie za błąd – każdej sytuacji, w której próbka nie potwierdzałaby spełniania wymagań zamawiającego prowadzi do naruszenia art. 82 ust. 1 oraz art. 84 ust. 1 Pzp. Przepisy te stanowią odpowiednio, że wykonawca może złożyć jedną ofertę, a zmiana oferty jest dopuszczalna wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

Złożenie - w ramach uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - próbki innego systemu, poprawienie wadliwych funkcjonalności lub wskazanie funkcjonalności pominiętych w próbce złożonej wraz z ofertą stanowi obejście prawa i godzi w zasady wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp. Wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mają wyznaczony taki sam czas na przygotowanie swoich ofert, który kończy się wraz z upływem terminu składania ofert.

Odwołujący złożył próbkę, z której wynika niezgodność jego oferty – oferowanego zintegrowanego systemu informatycznego – z wymaganiami zamawiającego, co sam potwierdził na rozprawie. Zamawiający zatem zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nie może przy tym odwołujący powoływać się na niezawinione trudności techniczne. Złożenie próbki na twardym dysku nastąpiło wbrew wymaganiom zamawiającego. Twardy dysk nie stanowi sprzętu rodzajowo podobnego do wskazanego przez zamawiającego przykładowo przenośnego komputera, lecz co najwyżej część takiego sprzętu.

Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego jest niewystarczające. Celem nałożenia na zamawiającego

obowiązku uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty wykonawcy jest umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej oraz związanie Izby granicami zarzutów odwołania. Ustalenie uchybień w treści oferty, które spowodowały jej odrzucenie, nie powinno być powierzone własnej aktywności wykonawcy i stwierdzane na podstawie znajdującej się u zamawiającego dokumentacji postępowania. Obowiązek wskazania podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty spoczywa w całości na zamawiającym. Zamawiający nie spełnił wymagań art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż sformułował uzasadnienie lapidarne, nie dające odwołującemu niezbędnej wiedzy, co do podstaw odrzucenia oferty.

Naruszenie, którego dopuścił się zamawiający nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż odrzucenie oferty odwołującego odpowiada prawu, a w konsekwencji zamawiający zasadnie uznał za najkorzystniejszą ofertę przystępującego/

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: