

Warszawa, dnia 10 lipca 2020 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Powiat Brzeski
ul. Robotnicza 20, 49-300 Brzeg
adres e-mail: przetargi@brzeg-powiat.pl

Odwołujący:

SIMPLE S.A.
ul. Bronisława Czecha 49/51
04-555 Warszawa
reprezentowana przez
Mateusza Brzezińskiego
Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp.p.
al. J. Ch. Szucha 8
00-582 Warszawa
nr faks: (22) 745 14 01
adres e-mail: m.brzezinski@cwik.pl

Odwołanie

Odwołujący, SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z przepisem art. 179 ust. 1 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) (dalej: „ustawa Pzp”), składa odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego (wskazanego powyżej) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*E-SZPITAL – STWORZENIE CYFROWEGO SYSTEMU INFORMACJI*

TELEMEDYCZNEJ, GROMADZENIA, PRZETWARZANIA, ARCHIWIZACJI DANYCH DLA BRZESKIEGO CENTRUM MEDYCZNEGO W BRZEGU” (znak: ZAM.272.1.1.2020) (dalej: „Postępowanie”) polegających na:

1. nadmiernym żądaniu prezentacji oferowanego systemu w postępowaniu, w zasadzie gotowego systemu, w oparciu o bliżej nieokreślone warunki prezentacji próbki, co narusza § 13 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia ws. dokumentów w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w sposób zgodny z treścią odwołania;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed KIO, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Przesłanki materialno-prawne dla wniesienia odwołania:

Odwołujący jest jednym z wiodących dostawców rozwiązań IT na polskim rynku – w konsekwencji posiada co najmniej potencjalną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, co więcej - jest realnie zainteresowany jego uzyskaniem. Należy jednak zwrócić uwagę, iż sformułowane przez Zamawiającego postanowienia SIWZ, do których

referuje niniejsze odwołanie, jako postanowienia wadliwe, uniemożliwiają mu złożenie konkurencyjnej oferty.

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Szkoda pozostaje w tej sytuacji w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z uchybieniami, których – przy redagowaniu dokumentacji Postępowania – dopuścił się Zamawiający.

Termin na wniesienie odwołania:

Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące Postępowania zostało opublikowane w Dz. U. UE w dniu 30.06.2020 r. pod nr 2020/S 124-303390. Podstawę wniesienia przedmiotowego odwołania stanowią postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, z którymi Odwołujący mógł zapoznać się w momencie zamieszczenia ich przez Zamawiającego na stronie internetowej. Przyjmując, iż Zamawiający zamieścił SIWZ na własnej stronie internetowej w dniu 30.06.2020 r. - w dniu publikacji w Dz.U UE ogłoszenia o zamówieniu, odwołanie jest składane w dniu 10 lipca 2020 r., zatem termin do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, został dochowany.

UZASADNIENIE

Na samym wstępie rozważań dotyczących czynności niezgodnej z treścią ustawy Pzp, będącej przedmiotem zarzutu w niniejszym odwołaniu, Odwołujący wskazuje, że nie kwestionuje samego scenariusza przeprowadzenia badania próbki (w szczególności – elementów tego scenariusza) czy też zasadności żądania próbki przez Zamawiającego. Odwołujący kwestionuje wyłącznie jeden punkt z załącznika nr 10 do SIWZ, który pozwala Zamawiającemu na dowolność w zakresie badania i oceny próbek, znacznie wykraczając poza i, w zasadzie, unicestwiając scenariusz badania próbek.

Kluczowym elementem, który godzi w zasady zamówień publicznych jest wskazanie w pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ, że Zamawiający zastrzega sobie możliwość zbadania dowolnego elementu złożonej próbki (w zakresie wymaganych funkcjonalności). Dodatkowo, nie wiadomo według jakiego klucza Zamawiający dokona wyboru funkcjonalności, które mają być zaprezentowane. Faktem jest jednak, że wybór ten wyglądać może na dokonany wyrywkowo, ponieważ funkcjonalności mogą pochodzić z różnych modułów i różnych jego warstw zaawansowania.

Tym bardziej jest niezasadne przyjęcie takiego badania próbki określonego w pkt 32 załącznika nr 10 SIWZ, jeśli weźmie się pod uwagę wzór umowy i opis przedmiotu zamówienia, które to określają harmonogram działania w zakresie tworzenia systemu dla Zamawiającego.

Zgodnie z § 1 pkt 9) wzoru umowy, gdzie zdefiniowano „analizę przedwdrożeniową”, oznacza ona cykl prac analitycznych i organizacyjnych mających na celu ustalenie szczegółowego zakresu wymagań i potrzeb Zamawiającego w odniesieniu do systemu ZSI i jego wdrożenia, w tym dotyczących wymaganych modyfikacji Systemu ZSI. Już z samego tego fragmentu wynika, że Zamawiający przewiduje, że system ma zostać wykonany zgodnie z potrzebami Zamawiającego, które najpierw muszą zostać odpowiednio zidentyfikowane. **Dodatkowo wskazać należy, że na samą analizę przedwdrożeniową Zamawiający przewiduje aż 90 dni.** Oznacza to, że istnieje uzasadniona konieczność przygotowania się do pełnego wdrożenia zamawianego systemu klasy ERP u Zamawiającego – **żądanie zatem pełnego zakresu systemu na moment składania ofert jest co najmniej bezzasadne i niewłaściwe biorąc pod uwagę dokumentację postępowania.**

Powyższe potwierdza, że Zamawiający nie oczekuje gotowego produktu już na etapie składania ofert, lecz wymaga odpowiedniego stworzenia systemu w określonych ramach

czasowych w przyszłości. Dlatego też, żądanie na etapie składania ofert próbki mającej na celu potwierdzenie wszystkich wymagań Zamawiającego, mając na uwadze pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ, jest zupełnie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Jest to tym bardziej niezrozumiałe, że cały § 4 wzoru umowy przewiduje etapy realizacji przedmiotu zamówienia, jak poniżej:

Dla poszczególnych Etapów wykonania przedmiotu Umowy przewidziane są następujące terminy: Etap	Zakres prac	Termin zakończenia etapu
I	Dostawa, z montażem, konfiguracją i uruchomieniem niezbędnego sprzętu serwerowego i komputerowego.	Do 90 dni od podpisania umowy
II	Przeprowadzenie analizy przedwdrożeniowej	Do 90 dni od podpisania umowy
III	instalacja oraz konfiguracja niezbędnych baz danych na potrzeby Systemu, a także dostawa i instalacja licencji na oprogramowanie	do 14 dni od zakończenia Etapu I i etapu II
IV	wdrożenie ZSI wraz z migracją danych z systemów użytkowanych przez Zamawiającego	Do 90 dni od zakończenia Etapu III
V	uruchomienie E-USŁUG	Do 90 dni od zakończenia Etapu III

Sam Zamawiający również w rozdziale IV SIWZ termin wykonania zamówienia określił na 194 dni na wdrożenie ZSI.

Gdyby zatem Zamawiający rzeczywiście wymagał zaoferowania gotowego systemu na etapie składania ofert, to nie przewidywałby etapowości realizacji przedmiotu zamówienia. Kłóci się to z zasadami logiki oraz zasadami i metodykami realizacji takich zamówień.

Odwołujący podkreśla, że tak określone wymaganie w stosunku do weryfikacji systemu jak w pkt 32 załącznika nr 10 SIWZ, sprowadzające się w istocie do konieczności wykonania przez wykonawców wirtualnego wdrożenia zamawianego w postępowaniu systemu informatycznego już na etapie składania ofert, jest zdecydowanie nadmiarowe i nieproporcjonalne, a przesłanki te stanowią pryncypialne zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego przedmiotowy wymóg określony w pkt 32 załącznika nr 10 SIWZ wydaje się nie tylko sprzeczny z logiką, ale również intencją ustawodawcy wyrażoną w treści rozporządzenia ws. dokumentów.

W opinii Odwołującego, aby uniknąć odrzucenia oferty, wykonawca winien przygotować wersję demonstracyjną systemu zawierającą funkcjonalności w istocie zrównane z gotowym systemem wdrożonym już u Zamawiającego, pozwalającym na przegląd reprezentatywnych funkcji które przekrojowo pozwolą ocenić zakres całego systemu.

Co niezwykle istotne, przygotowanie próbki w zakresie wymaganym przez Zamawiającego (czyli – w zasadzie, gotowego produktu) jest niezwykle czasochłonne oraz kosztochłonne. Tym samym wszystkimi kosztami wdrożeniowymi (bez gwarancji pozyskania zamówienia zostaje obciążony wykonawca). Zakładając wyłączenie szkoleń i dojazdów do Zamawiającego którymi objęty jest projekt koszty wdrożeniowe przy zakresie wymaganym przez klienta może oscylować w okolicach 1,2 – 1,5 mln zł netto. Przyjąć w tym miejscu należy, że w przygotowanie próbki musi zostać zaangażowanych wiele osób, w szczególności konsultantów czy programistów. Osoby te w znacząco skróconym czasie względem realizacji samego przedmiotu zamówienia (zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania i określonej etapowości) – bo w terminie od dnia publikacji dokumentacji postępowania do terminu składania ofert, muszą przygotować praktycznie pełny i gotowy system. Te uwarunkowania jasno wskazują na zwiększoną cenę sporządzenia wymaganej przez Zamawiającego próbki.

Już sam fakt, że aby móc w ogóle uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy przygotować próbkę systemu o wartości przekraczającej 1 mln świadczy o naruszeniu naczelných zasad udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie natomiast z przepisem art. 93 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, „w sytuacji unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, odszkodowanie przysługuje wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Roszczenie o odszkodowanie może zatem być złożone nie tylko przez wykonawcę, którego oferta ewentualnie została wybrana przez zamawiającego, ale wszystkich Wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Dodatkowo zamawiający nie może wyłączyć zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu przez wskazanie w SIWZ, iż nie przewiduje w żadnym wypadku zwrotu wykonawcom kosztów udziału w postępowaniu, gdyż jest to sprzeczne z art. 93 ust. 4 p.z.p. O ile może on zakładać, że nie będzie konieczności czy potrzeby zwrotu wykonawcom poniesionych przez nich kosztów, o tyle nie może odnieść powyższego wyłączenia do sytuacji związanej z unieważnieniem postępowania z przyczyn, które leżą po stronie zamawiającego” (A. Saternus, Odszkodowanie za utracone korzyści, Zamówienia Publiczne. Doradca, nr 4/2019, LEX/el.).

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający może zostać narażony na to, że kilku wykonawców zwróci się do niego o zwrot poniesionych dużych kosztów związanych z przygotowaniem praktycznie gotowego systemu.

Nawet gdyby przyjąć jednak, że próbka w takim kształcie może zostać złożona, to postanowienia dokumentacji postępowania w zakresie weryfikacji próbki określone w punkcie 32 załącznika nr 10 SIWZ są na tyle niejasne że Zamawiający może dowolnie ocenić spełnianie wymagań przez próbkę systemu, a wykonawca nie jest w stanie stwierdzić, czy na pewno zaoferował odpowiednie rozwiązanie.

Zgodnie bowiem z treścią pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ, „Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzenia wszystkich obligatoryjnych funkcjonalności wyszczególnionych w opisie przedmiotu zamówienia, bowiem oferowany system ma być rozwiązaniem działającym, gotowym do wdrożenia. Zamawiający planuje, iż weryfikacja innych niż wskazanych w tabelach funkcjonalności nie powinna zająć więcej niż łącznie kilkanaście minut”. Nie sposób uznać, aby tak dokonany opis prezentacji próbki wypełniał zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, w której każda ze złożonych próbek będzie badana w tym zakresie odmiennie, co wypacza całkowicie sens badania próbek.

W tym zakresie należy przytoczyć wyrok KIO z dnia 27 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 442/18), w którym Izba wskazała, że *„W pierwszym zakresie Izba pragnie odnieść się do kilku kwestii natury ogólnej związanych z kwestią żądania przez podmiot zamawiający próbek i procesem ich oceny. Żądanie próbki w ramach postępowania spełnia kilka ważkich funkcji. Po pierwsze stanowi ona dookreślenie oferty umożliwiające potwierdzenie zgodności dostawy (na etapie realizacji umowy) z treścią zobowiązania zawartego w umowie i pierwotnie w ofercie. Po drugie umożliwia ona weryfikację pożądanых przez zamawiającego cech i właściwości użytkowych przedmiotu zamówienia. Po trzecie pozwala zamawiającemu na identyfikację charakterystycznych cech produktu w postaci jego producenta, typu, badań i prób odnoszących się do oferowanego przedmiotu zamówienia w celu wyeliminowania sytuacji wprowadzenia do obrotu produktu, który nie spełnia wymagań określonych w powszechnie obowiązujących przepisach. Po czwarte pozwala na ocenę oferty pod kątem kryteriów pozacenowych, które nabrały w ostatnim czasie*

znaczenia. Próbką stanowi zmaterializowany substrat oferty w postaci gotowego wyrobu, który wykonawca zobowiązuje się dostarczyć po podpisaniu umowy. Jest to zazwyczaj pojedynczy egzemplarz dla każdego typu oferowanych wyrobów, okazany zamawiającemu (w przypadku przedmiotów dostawy o jednostkowej wysokiej wartości materialnej), pozostawiony do jego dyspozycji lub fragment wyrobu pozwalający ocenić jego właściwości fizyczne, chemiczne oraz użytkowe (fragment materiału, tkaniny, okładziny, wykładziny itp.). Aby prawo do żądania próbki nie wypaczyło przebiegu postępowania podmiot zamawiający powinien opracować i udostępnić na etapie przygotowania dokumentacji postępowania scenariusz oceny próbek (testów) celem zachowania zasad systemu zamówień publicznych. Opracowanie to powinno cechować się kilkoma podstawowymi elementami, tj. powinna być zachowana przejrzystość i jawność tego scenariusza, powtarzalność jego wyników oraz ich miarodajność. Prezentacja próbki jest bowiem sposobem zbadania cech przedmiotu składającego się na ofertę. Może ona przybrać postać oględzin oferowanego przedmiotu, zbadania jego właściwości, sprawdzenia walorów użytkowych, testowania sprzętu komputerowego, zbadania działania systemu informatycznego. Scenariusz oceny próbek obejmuje wówczas przeprowadzenie prezentacji jej cech funkcjonalnych, walorów estetycznych, walorów użytkowych, jak również właściwości oraz sposobu działania, sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych, a wreszcie zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Tym samym przeprowadzenie obiektywnych testów w oparciu o opracowany wcześniej, jawny dla wykonawców, scenariusz jest gwarantem rzetelnej i obiektywnej oceny ofert. W niniejszym wypadku Zamawiający nie opracował i nie przedstawił żadnego obiektywnego scenariusza spełniającego ww. reguły. Powyższe znalazło swoje odzwierciedlenie zarówno w dokumentacji postępowania (vide: notatka z oceny wyrobów złożonych przez wykonawców znajdująca się w aktach postępowania), jak również w toku dokonanej prezentacji. Jej wynik bowiem był zależny od wielu czynników, zarówno od warunków panujących w pomieszczeniu, użytego sposobu prezentacji, jak również samego podejścia do prowadzonych testów i użytych do nich komponentów (ich stanu i rodzaju). Nie dało się również ukryć subiektywnego podejścia osoby przeprowadzającej prezentację, nacechowanego wyraźnym dystansem i uprzedzeniem do produktu, które to okoliczności

dyskwalifikują taki sposób oceny próbki. Być może swoje znaczenie miało w tym wypadku przyzwyczajenie do określonego produktu i negatywne nastawienie do zmiany określonych zwyczajów. W tym wypadku ocena próbki dokonana przez pracownika Zamawiającego, mimo jego wieloletniego doświadczenia w pracy oraz posiadającego niekwestionowaną wiedzę i doświadczenie zawodowe, okazała się wadą a nie zaletą tej oceny. W takim bowiem wypadku bardziej obiektywne byłoby powołanie biegłego lub eksperta spoza personelu Zamawiającego. Wszakże dokonywanie zakupów przez Zamawiającego stanowi wydatkowanie środków publicznych i znacznie ono różni się od zakupów dokonywanych przez osoby prywatne. W tym bowiem wypadku prowadzenie postępowania cechuje się pewnym formalizmem, w tym respektowaniem zasad zamówień publicznych (zasady jawności postępowania, jego transparentności, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności), w tym dąży do realizacji podstawowych zasad ustrojowych UE, w tym m.in. zasady swobody przepływu towarów, usług i kapitału. Konieczność respektowania ww. zasad powoduje, że dokonywanie zakupów nie ogranicza się do dowolnego wyboru preferowanego produktu, lecz realizuje również inne cele, w tym ujętą w ramach ustawy o finansach publicznych konieczność racjonalnego wydatkowania środków publicznych pozwalającego uzyskiwanie maksymalnych korzyści z ponoszonych nakładów”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, przypomnieć należy, iż Odwołujący nie kwestionuje zasadności badania próbki czy też zakresu badania próbki opisanym w scenariuszu. Odwołujący kwestionuje dowolność wyboru badanych funkcjonalności, która została opisana w pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ.

Podkreślić należy, że przedmiot zamówienia nie ma być dostarczony „w pełnej gotowości” już na etapie składania ofert, lecz wymagać będzie odpowiedniego wdrożenia, zgodnie z dokumentacją postępowania. Postawione wymagania, na etapie złożenia

próbki, niekiedy są obiektywnie niemożliwe do spełnienia. Dla przykładu wskazać można następujące obszary:

1. W systemie są wymagania odnoszące się np. do weryfikacji danych z systemem zewnętrznym np. system eWuś. W przypadku próbki taka weryfikacja jest niemożliwa ze względu na brak połączenia z systemem zewnętrznym;
2. Jest grupa funkcjonalności dotycząca rozliczeń i wymiany danych z systemem NFZ, która bez możliwości komunikacji z systemem NFZ jest niemożliwa do zrealizowania;
3. Moduł kolejek oczekujących wymaga stałej wymiany danych z system kolejek centralnych AP-KOLCE, niemożliwe bez skonfigurowania i połączenia bezpośredniego z systemem centralnym;
4. Funkcje związane z wystawianiem np. recept wymagają wczytania do systemu danych i certyfikatów konkretnych osób umożliwiających wygenerowanie i przesłanie recepty.

Wymagania wskazane powyżej są tylko przykładem niemożliwych do spełnienia funkcjonalności – nie jest to katalog zamknięty. Większość funkcjonalności opisanych przez Zamawiającego w SIWZ dopiero na etapie wdrożenia zostanie skonfigurowana i uruchomiona w systemie, ponieważ wymagają one ustawienia parametrów właściwych dla konkretnej jednostki organizacyjnej, które to parametry nie są znane wykonawcom na etapie przygotowania oferty - jest to standardowa praktyka podczas wdrażania tak rozbudowanych i skomplikowanych systemów informatycznych. Parametry te są ustalane najwcześniej na etapie analizy przedwdrożeniowej i przy czynnym udziale Zamawiającego.

Gdyby pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ pozostał w dokumentacji postępowania, Zamawiający mógłby zażądać spełnienia tych funkcji – które nie mogą zostać spełnione na tym etapie. W takim przypadku, Zamawiający byłby zobowiązany do odrzucenia

oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Powyższe wskazuje również na to, że tak sformułowany pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ prowadzi jasno do nieporównywalności złożonych ofert (próbek). Skoro bowiem Zamawiający ma mieć prawo do dowolnego weryfikowania złożonych próbek, to w niczym niezakłócony sposób będzie mógł weryfikować różne funkcjonalności w różnych próbkach.

Zatem, aby zapewnić możliwość respektowania zasad zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w szczególności równego traktowania wykonawców i ich rozwiązań, Zamawiający winien zrezygnować z pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ, gdyż pozwala on na dowolny sposób badania zawartości próbek. Powoduje to nieporównywalność ofert, a także utrudnia, o ile nie uniemożliwia realną kontrolę oferty np. w zakresie zaoferowanych rozwiązań. Prowadzić to może w prosty sposób do konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Można zatem dojść do wniosku, że oferty będą nieporównywalne, nie będzie można doprowadzić do ich porównywalności z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nieporównywalność ofert wynikać będzie wyłącznie z postanowień dokumentacji postępowania.

Innymi słowy – scenariusz prezentacji próbki jest w zasadzie niepotrzebny, przy istnieniu pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ. Skoro bowiem Zamawiający uprawniony jest do badania dowolnego aspektu złożonej próbki, to pewien schemat „podstawowego” działania jest irrelevantny dla oceny.

Odwołujący jeszcze raz pragnie podkreślić, że pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ w zakresie nieograniczonym umożliwia Zamawiającemu badanie złożonej próbki systemu na okoliczności które nie powinny być przedmiotem badania próbki. Zamawiający jasno określił scenariusz badanej próbki, tj. które funkcjonalności będą przez niego badane. Rozszerzenie możliwości badania próbki, o którym mowa w pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ, jest niezgodne z naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych.

Nie jest prawidłowym ustalenie takiego scenariusza badania próbki, w którym nie wiadomo, które elementy (a w tym wypadku – niedookreślone na etapie składania ofert) będą przez Zamawiającego oceniane i badane. Powoduje to niemożność prawidłowej i jednakowej oceny złożonych próbek, gdyż mogą być badane różne elementy.

Kolejnym argumentem za usunięciem zapisu jest fakt, Zamawiający tworząc scenariusz prezentacji umieścił w nim wybrane funkcjonalności opisane w 23 rozbudowanych punktach jako wymagania obligatoryjne dla części medycznej, w 14 rozbudowanych punktach jako wymagania obligatoryjne dla części administracyjnej (oraz 44 punkty jako wymagania dodatkowe). Wybrane do scenariusza przez Zamawiającego funkcjonalności dają możliwość zweryfikowania czy oferowany system jest rozwiązaniem gotowym, funkcjonującym i obejmującym szeroki zakres wymaganych obszarów. Zakres funkcjonalności wybranych przez Zamawiającego do scenariusza prezentacji przekrojowo pozwala zweryfikować kluczowe obszary w całym systemie.

Zamawiający stworzył zatem scenariusz prezentacji próbki w sposób odpowiadający możliwości realnego sprawdzenia spełnienia przez oferowany system wymagań określonych przez Zamawiającego. Niemniej, punkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ przeczy kompletnie idei scenariusza prezentacji próbki.

Zauważyć bowiem należy, że kwestia złożenia próbki wraz z ofertą czy późniejsza prezentacja złożonej próbki nie jest już niczym nadzwyczajnym w zamówieniach publicznych, w szczególności w zakresie systemów IT. Zamawiający chce w ten sposób odpowiednio zbadać złożone oferty, czy spełniają wymagania wyrażone w SIWZ.

Aby móc dobrze zrozumieć wadliwość czynności Zamawiającego, należy poszukać definicji słowa „próbka”. Ani przepisy ustawy Pzp czy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ani przepisy dyrektyw unijnych (dyrektywa 2004/18/WE, dyrektywa 2014/24/UE, dyrektywa 2004/17/WE, dyrektywa 2014/25/UE) nie definiują tego pojęcia – tak ważnego w systemie zamówień publicznych.

Niemniej jednak pewne zamierzenie unijnego prawodawcy można wyczytać z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE, zwanej również dyrektywą obronną. W motywie 13 dyrektywy obronnej wskazano, iż „rozwój eksperymentalny może obejmować wykonanie technologicznych egzemplarzy próbnych, tj. urządzeń pokazujących zastosowanie nowej koncepcji lub nowej technologii w rzeczywistym lub reprezentatywnym środowisku”. Jednocześnie w art. 1 pkt 27 dyrektywy obronnej zdefiniowano badania i rozwój jako każdą działalność dotyczącą podstawowych badań, badań stosowanych i projektów eksperymentalnych, przy czym te ostatnie mogą obejmować tworzenie technologicznych egzemplarzy próbnych, tj. sprzętu pokazującego zastosowanie nowego zamysłu lub nowej technologii w odpowiednich lub reprezentatywnych warunkach.

Taka definicja wydaje się być niewystarczająca do prawidłowego zdefiniowania próbki. Dlatego też jej wykładni dokonać trzeba na innej podstawie. Na czoło wysuwa się

powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej. Metoda językowa dopuszcza odstępstwa od jej zastosowania wtedy, gdy prowadzi do absurdu albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie ma w szczególności konieczności potrzeby sięgania po argumenty celowościowe, gdy już po zastosowaniu reguł znaczeniowych albo metody językowej i dyrektyw systemowych uda się osiągnąć właściwy wynik wykładni, tj. ustalić pozbawione cech nedorzeczności znaczenie interpretowanej normy (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2007 r., III CZP 94/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 95; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1998 r., I CKN 664/97, OSNC 1999, nr 1, poz. 7). Dlatego też należy się odwołać do słownikowej definicji słowa „próbka”. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego „próbka” to:

- „pewna ilość, niewielka część jakiegoś towaru, jakiejś substancji wzięta na próbę dla przekonania się, jaki jest dany towar, dana substancja”;
- „dowód czego, objaw, sprawdzian czyjej umiejętności, wiedzy o czym”;
- „wynik usiłowań, doświadczeń”.

Wszystkie wskazane powyżej przykłady znaczenia słowa „próbka” znajdują swoje zastosowanie w zamówieniach publicznych, a poprzez połączenie tych znaczeń dojdziemy do pełnej definicji próbki w rozumieniu rozporządzenia ws. dokumentów.

Czytając jednak pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ, można bez trudu dojść do wniosku, że rola próbki w niniejszym postępowaniu została całkowicie wypaczona, a Zamawiający żąda, generalnie, gotowego systemu napisanego pod niego, tylko na potrzeby złożenia oferty w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje przy tym, że złożył pytanie do SIWZ w zakresie możliwości wykreślenia kwestionowanego punktu 32 załącznika nr 10 do SIWZ – Zamawiający nie wyraził jednak na to zgody.

Dlatego też, Odwołujący wnosi o:

1. Nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowienia pkt 32 załącznika nr 10 do SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Odwołują wnosi jak w petitum odwołania.

Załączniki:

1. Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego
2. Pełnomocnictwo
3. Dowód wniesienia opłaty
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
5. Dokumentacja postępowania