

POSTANOWIENIE
z dnia 26 stycznia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **26 stycznia 2017 r.** w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 stycznia 2017 r.** przez wykonawcę **Pixel Technology Sp. z o. o., ul. Piękna 1, 93-558 Łódź**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Bielsko - Biała Urząd Miejski Wydział Inwestycji, Plac Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Zalicza uiszczoną przez odwołującego **Pixel Technology Sp. z o. o., ul. Piękna 1, 93-558 Łódź** kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę kompleksowego systemu informatycznego RIS-PACS wraz z wymaganym sprzętem dla potrzeb Zakładu Diagnostyki Obrazowej Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku Białej”, (Dz. Urz. UE z 20.01.2016r. numer ogłoszenia 2015/S 013-018215), w dniu 18 stycznia 2017 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę Pixel Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, z kopią przesłaną zamawiającemu w dniu 17 stycznia 2017 r. - w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 12 stycznia 2017 r. - o zaproszeniu wykonawcy Pixel Technology Sp. z o.o. do przybycia na prezentację oferowanego systemu w dniu 26 stycznia 2017 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19 stycznia 2017 r. w przedmiotowej sprawie nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione na niezgodną z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych - czynność podjętą przez zamawiającego polegającą na ponownym wezwaniu wykonawców do prezentacji próbki systemu informatycznego w sytuacji, gdy według twierdzeń odwołującego - zamawiający uznał uprzednie odwołanie wykonawcy Pixel Technology Sp. z o.o. złożone w postępowaniu o sygnaturze akt: KIO 2274/16, dokonując czynności, których żądał odwołujący w treści tamtego odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Miastu Bielsko - Biała naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej „ustawą Pzp”, tj.:

1. art. 186 ust. 2 Pzp poprzez ponowne wezwanie wykonawców do prezentacji próbek w sytuacji, gdy zamawiający uznał odwołanie złożone w postępowaniu o sygnaturze KIO 2274/16 dokonując czynności, których odwołujący żądał w treści odwołania,
2. art. 82 ust. 1 Pzp poprzez nakazanie wykonawcom złożenie próbki systemu podczas prezentacji w dniu 26 stycznia 2017 r. jako część oferty w sytuacji gdy oferta powinna być złożona w terminie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. do dnia 7 października 2016 roku.

W związku z powyższym odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wezwania wykonawców do prezentacji próbki,

2. w przypadku przeprowadzenia prezentacji próbki przed dniem orzekania, unieważnienia tej czynności i nakazanie zamawiającemu dokonania oceny ofert na podstawie ofert złożonych w dniu 7 października 2016 r.,

3. dokonania ponownej oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzania prezentacji próbki (jako nie stanowiącej części oferty, złożonej po terminie składania ofert) w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto odwołujący wnosił o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący powołał się na interes we wniesieniu odwołania, i interes w kwestionowaniu ponownego wezwania do złożenia próbki. Podał, że jego oferta zawiera najniższą cenę. W przypadku konieczności prezentacji próbki odwołujący mógłby zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Z działań zamawiającego polegających na ponownym wezwaniu do dokonania przez wykonawców czynności prezentacji próbki odwołujący wywodził możliwość poniesienia szkody w postaci nieuzyskania planowanych zysków. W związku z powyższym przyjął, iż zostały wypełnione przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 22 listopada 2016 r. zamawiający odrzucił jego ofertę, wskazując jako podstawę prawną tej czynności art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. przepis obligujący do odrzucenia oferty wykonawcy, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia, zdaniem odwołującego, zamawiający nie wskazał żadnej części oferty, która w jego ocenie nie była zgodna z zapisami zawartymi w dokumentacji przetargowej. Ofertę bowiem stanowią oświadczenia i dokumenty złożone przez wykonawców przed upływem terminu składania ofert, określonym w SIWZ. Jednocześnie zamawiający unieważnił całe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wobec takiego działania zamawiającego odwołujący złożył w dniu 2 grudnia 2016 r. odwołanie na czynność unieważnienia postępowania i odrzucenia jej oferty, wskazując jednocześnie na niedopuszczalność składania przez wykonawców po terminie składania ofert materiałów podlegających ocenie w trybie oceny ofert. Odwołujący wnioskował o dokonanie oceny ofert bez prezentacji próbki systemu (sygnatura sprawy KIO 2274/16).

Odwołujący podnosił, że w dniu 12 grudnia 2016 r. otrzymał od zamawiającego Miasta Bielsko - Biała informację o unieważnieniu czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania oraz o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, a także, o zamiarze dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Wobec oświadczenia zamawiającego o woli dokonania wszystkich czynności określonych w treści odwołania jako żądane, tj. unieważnienia czynności unieważnienia

postępowania oraz czynności odrzucenia oferty odwołujący - odwołujący oświadczył, że był zmuszony cofnąć odwołanie. Jednocześnie odwołujący uznał, że powyższe czynności stanowią w istocie uznanie jego odwołania wniesionego w dniu 2 grudnia 2016 r.

Odwołujący wyjaśniał, że dniu 12 stycznia 2017 r. otrzymał od zamawiającego ponownie pismo wzywające go do prezentacji próbki systemu informatycznego - w dniu 26 stycznia 2017 r. Uznał więc, że takie postępowanie zamawiającego narusza normę art. 186 ust. 2 Pzp, gdyż zamawiający dokonał czynności, których wykonania żądał odwołujący w treści poprzedniego odwołania, a działanie zamawiającego stanowiło w istocie uznanie odwołania. Odwołujący zaznaczał, że zamawiający w piśmie z dnia 12 grudnia 2016 r. nie wskazał, że dokonując żądanych czynności i zobowiązując się do dokonania ponownej oceny ofert, uczyni to z uwzględnieniem wyników prezentacji próbki systemu informatycznego. Zgodnie z dyspozycją normy art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje czynności żądanych przez odwołującego, uznając jednocześnie odwołanie, zobowiązany jest do uwzględniania żądań zawartych w odwołaniu. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący powołał pogląd Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 4 listopada 2011 roku (KIO 2270/11; KIO 2275/11; KIO 2298/11) stwierdzający, że jeśli zamawiający nie ma zamiaru wykonać czynności zawartych w odwołaniach, nie powinien uwzględniać zarzutów odwołań, lecz wdać się w spór z wykonawcami, odnośnie żądań których nie miał zamiaru uwzględniać.

Jednocześnie odwołujący podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w poprzednim odwołaniu złożonym w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z częścią X specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotowego postępowania na ofertę składają się:

- a) Oferta - wypełniony i podpisany przez wykonawcę formularz „Oferta” - Załączniki nr 1 do nin. SIWZ;
- b) Wycena przedmiotu zamówienia - wypełniony i podpisany przez wykonawcę „Formularz asortymentowo-cenowy” - Załącznik nr 2 do nin. SIWZ;
- c) Wypełniony i podpisany przez wykonawcę „Formularz parametrów i warunków wymaganych ” - Załącznik nr 3 do nin. SIWZ;

Ponadto do oferty wykonawcy powinni dołączyć dokumenty wskazane w punktach d-y na stronach 15-17 SIWZ.

Odwołujący ponowił zarzut, że żadne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazywały, jako części oferty próbki oprogramowania.

W związku z powyższym, odwołujący oświadczył, że nie złożył wraz z ofertą próbki, gdyż zamawiający w SIWZ nie nałożył na wykonawców takiego obowiązku.

Dalej odwołujący ponosił, że na etapie pytań do SIWZ zamawiający (w odpowiedzi na

pytanie 167 z dnia 13 września 2016 r.) wyjaśnił, że w przypadku braku pewności co do zgodności zaoferowanych parametrów z wymaganiami SIWZ wezwanie oferenta do zaprezentowania wybranych parametrów celem potwierdzenia w formie demonstracji.

Zdaniem odwołującego z powyższego zapisu nie wynikał jednak obowiązek złożenia próbki, zamawiający nie określił też żadnych zasad i reguł prezentacji wybranych parametrów produktów. Ponadto z odpowiedzi na zadane pytanie nie wynikało, że zamawiający będzie korzystać z tego rozwiązania, lecz, że w przypadku wystąpienia pewnych okoliczności (pojawienie się wątpliwości) przewiduje możliwość wezwania wykonawców do dokonania demonstracji.

Następnie, w toku oceny ofert, zamawiający wezwał odwołującego - podobnie jak innych wykonawców - do dokonania prezentacji zaoferowanego oprogramowania.

Odwołujący podnosił, że dopiero w zaproszeniu do dokonania prezentacji z dnia 19 października 2016 r. (wysłanym po dniu składania ofert), zamawiający określił warunki tej prezentacji i tryb jej przeprowadzenia.

Warunki te następnie zamawiający doprecyzował w serii odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 24 października 2016 r. i 25 października 2016 r. - udzielonych po dniu składania ofert.

Odwołujący wskazywał, że charakter próbki został określony w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. 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), w którym uznano próbkę jako rodzaj dokumentu wymaganego od wszystkich wykonawców na potwierdzenie, że dane dostawy, usługi, czy roboty budowlane spełniają oczekiwania zamawiającego (mają potwierdzić konkretną okoliczność i dotyczą bezwarunkowo każdego wykonawcy). Oznacza to, że próbka powinna być złożona wraz z wszystkimi dokumentami potwierdzającymi spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia. W niniejszym postępowaniu próbka została przekazana zamawiającemu podczas jej demonstracji, tj. już po dniu złożenia ofert.

Takie działanie, zdaniem odwołującego stanowi nieuprawnione przez zamawiającego rozszerzenie zakresu pojęcia oferta - niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych. Przywołał stanowisko zaprezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 30 czerwca 2016 roku (KIO 1045/16): *„Zgodność treści oferty z treścią SIWZ oceniana jest według stanu na dzień złożenia oferty. Po złożeniu oferty możliwe jest jedynie wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z wyłączeniem negocjacji oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2 tego artykułu.”*

Ponadto taka sytuacja, że część wykonawców ma prawo sprecyzować lub uzupełnić

ofertę (poza przypadkami wyraźnie określonymi w przepisach Prawa zamówień publicznych) już po terminie składania ofert jest uznawana w orzecznictwie za niedopuszczalną i naruszającą zasadę równego traktowania wykonawców. Tytułem przykładu odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 roku (KIO 250/16): „Dopuszczenie do sformułowania, bądź skonkretyzowania przez wykonawcę treści oferty po upływie terminu składania ofert, byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p.”

Dnia 24 stycznia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo od zamawiającego „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” - zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, podając następujące uzasadnienie swego wniosku.

„Odnosnie wniosku o odrzucenie odwołania stwierdzić należy co następuje. Na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający wnosi o odrzucenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Jak wynika z uzasadnienia odwołania wszystkie sformułowane w nim zarzuty sprowadzają się do tego, iż w ocenie Odwołującego Zamawiający nie ma prawa żądać od niego złożenia próbki systemu podczas prezentacji planowanej na 26 stycznia 2017 r., jak i nie ma prawa żądać od niego prezentacji próbki. Ponieważ Odwołujący otrzymał zaproszenie do ponownej prezentacji próbki w dniu 12 stycznia 2017 r., to w ocenie Odwołującego odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie 10 dni od dnia powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Jednocześnie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Tym samym zarzuty odwołania, sprowadzające się do kwestionowania prawa Zamawiającego do żądania złożenia próbki systemu podczas prezentacji jak i prawa do żądania prezentacji próbki powinny zostać podniesione wcześniej, tj., w terminie 10 dni od dnia, w którym Odwołujący powziął wiadomość o tym, że Zamawiający przewiduje zarówno złożenie próbki systemu podczas prezentacji jak i samą prezentację próbki. W ocenie Zamawiającego o powyższym Odwołujący mógł powziąć wiadomość już w dniu 13 września 2016 r. poprzez zapoznanie się z wyjaśnieniami treści SIWZ, które w tym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej. W wyjaśnieniach tych, a dokładnie w odpowiedziach na pytaniach od 167 do 170 Zamawiający udzielił informacji zarówno co do przedmiotu

prezentacji (demonstracji), zasad jej przeprowadzenia jak i skutków negatywnego przebiegu prezentacji (demonstracji):

„Pytanie 167

Czy Zamawiający będzie wymagał potwierdzenia zaoferowanych parametrów systemu w formie demonstracji produktu, polegającej na za prezentowaniu wybranych parametrów funkcjonalnych, wymaganych w niniejszym postępowaniu?

Odpowiedź: Zamawiający w przypadku braku pewności co do zgodności zaoferowanych parametrów z wymaganiami SIWZ wezwie Oferenta do zaprezentowania wybranych parametrów celem potwierdzenia w formie demonstracji.

Pytanie 168

Czy Zamawiający zastrzega sobie możliwość wezwania do dostarczenia próbki systemu potwierdzającej spełnienie rzeczonych wymogów?

Odpowiedź: Zamawiający w przypadku braku pewności co do zgodności zaoferowanych parametrów z wymaganiami SIWZ zastrzega sobie możliwość wezwania Oferta do dostarczenia wszelkich dowodów zgodności, w tym również próbki systemu.

Pytanie 169

Czy Zamawiający będzie wymagał wykonania takiej demonstracji w terminie 7 dni od daty wezwania?

Odpowiedź: Zamawiający w przypadku braku pewności co do zgodności zaoferowanych parametrów z wymaganiami SIWZ będzie wymagał ewentualnej demonstracji przed ogłoszeniem wyników postępowania

Pytanie 170

Czy brak spełnienia poszczególnych wymogów podczas wykonywania demonstracji będzie skutkowało odrzuceniem oferty?

Odpowiedź: Brak spełnienia wymogów SIWZ wymaganych na dzień złożenia oferty lub podczas wykonywania demonstracji będzie podstawą do odrzucenia oferty. ”

Zamawiający zwraca uwagę zwłaszcza na odpowiedź na pytania nr 167 -169, w których jasno i wyraźnie wskazano, że Zamawiający zastrzega sobie prawo zarówno do żądania złożenia próbki systemu jak i do żądania prezentacji (demonstracji). Zatem już w dniu 13 września 2016 r. Odwołujący mógł się dowiedzieć o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Co więcej, jak wynika z odwołania, Odwołujący zapoznał się z wyjaśnieniami treści SIWZ z dnia 13 września 2016 r., gdyż przytacza w odwołaniu odpowiedź na pytanie nr 167. Podsumowując, nie ma żadnych wątpliwości, iż termin na kwestionowanie wymogu przeprowadzenia prezentacji (demonstracji), zasad jej przeprowadzenia, jak i skutków negatywnego przebiegu prezentacji (demonstracji) upłynął 23 września 2016 r., czyli 10 dni od zamieszczenia na stronie internetowej wyjaśnień treści SIWZ z dnia 13 września 2016 r. Nie ma też żadnych wątpliwości, że Odwołujący nie zakwestionował powyższych

wyjaśnień w ww. terminie, mimo że ze względu na wartość zamówienia mógł wnieść odwołanie w tym zakresie. Trzeba też podkreślić, iż powyższe wyjaśnienia stały się częścią składową SIWZ i oczywiście zostały udzielone przed upływem terminu składania ofert. Składając ofertę Odwołujący zdawał sobie zatem sprawę i akceptował to, iż może zostać wezwany do złożenia próbki systemu jak i do przeprowadzenia prezentacji (demonstracji).

Zamawiający zwraca ponadto uwagę, że w dniu 19 października 2016 r. zaprosił niektórych wykonawców, w tym Odwołującego, do zaprezentowania próbki zaoferowanego systemu PACS/RIS. Celem prezentacji było zweryfikowanie przez Zamawiającego zadeklarowanych przez Wykonawców funkcjonalności systemu PACS/RIS wraz z wszystkimi aplikacjami oraz potwierdzenie zgodności oferowanego oprogramowania z wymaganiami Zamawiającego ujętymi w Załączniku nr 3 do SIWZ.

W ww. zaproszeniu Zamawiający poinformował Odwołującego m.in. o tym, że:

„Zamawiający zaprasza Wykonawcę - Pixel Technology Sp. z o.o., ul Piękna 1, 93-558 Łódź; do przybycia w dniu 26.10.2016 r. godzina 10:00 na prezentację próbki oferowanego systemu PACS/RIS. Celem prezentacji jest zweryfikowanie przez Zamawiającego zadeklarowanych przez Wykonawcę funkcjonalności systemu PACS/RIS wraz z wszystkimi aplikacjami oraz potwierdzenie zgodności oferowanego oprogramowania z wymaganiami Zamawiającego, o których mowa w Załączniku nr 3 SIWZ.

Zasady dotyczące prezentacji:

1. Prezentacja odbędzie się w siedzibie Zamawiającego - Beskidzkie Centrum Onkologii - Szpital Miejski im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej - Szpital przy ul Wyzwolenia 18. w sali umożliwiającej jej nagranie audio- video na nośnik cyfrowy.
2. Zamawiający zapewni do prezentacji pomieszczenie, ekran, przyłącze do sieci energetycznej 230 V
3. Ocena spełniania każdego wymagania zostanie dokonana w trybie spełnia/nie spełnia. Niewykazanie spełnienia choćby jednej funkcjonalności spośród zadeklarowanych przez Wykonawcę, wybranej przez Zamawiającego do zaprezentowania podczas prezentacji, spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, jako oferty nieodpowiadającej treści SIWZ. Wykonawca powinien w sposób jednoznaczny wykazać, iż weryfikowana funkcjonalność jest dostępna w oprogramowaniu oraz, że wybrane przez Zamawiającego funkcjonalności oprogramowania są zgodne z wymaganiami SIWZ.
4. Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia podczas prezentacji infrastruktury technicznej do jej przeprowadzenia tj. niezbędnego sprzętu oraz oprogramowania do uruchomienia prezentowanego systemu. Przygotowane przez Wykonawcę środowisko musi dawać możliwość weryfikacji dostępności w oferowanym oprogramowaniu wszystkich funkcjonalności, które zostały zadeklarowane przez Wykonawcę w ofercie.

5. Prezentacja musi być przeprowadzona na systemie działającym on-line na danych testowych odpowiadających rzeczywistości dla danej funkcjonalności oraz uwzględniających specyfikę Zamawiającego.”

Zamawiający podkreśla również, że Odwołujący potwierdził w odwołaniu zarówno fakt otrzymania zaproszenia na prezentację w dniu 19 października 2016 r., jak i fakt zapoznania się z jego treścią. Co więcej, to Odwołujący sformułował wszystkie otrzymane przez Zamawiającego pytania dotyczące zaproszenia na prezentację, co również potwierdza, że szczegółowo zapoznał się z jego treścią. Nie ma zatem najmniejszych wątpliwości, że jeśli nawet wyjaśnienia treści SIWZ dotyczące prezentacji (demonstracji) pozostawiały jakieś wątpliwości co do obowiązku złożenia próbki systemu czy przeprowadzenia prezentacji (demonstracji), choć w ocenie Zamawiającego nic takiego nie miało miejsca, to żadnych wątpliwości w tym zakresie nie pozostawiało zaproszenie na prezentację. Podsumowując, także w dnia 19 października 2016 r. poprzez lekturę zaproszenia na prezentację Odwołujący mógł się dowiedzieć, że jest zobowiązany do złożenia próbki systemu jak i do przeprowadzenia prezentacji (demonstracji). Tym samym termin na kwestionowanie wymogu złożenia próbki systemu, przeprowadzenia prezentacji (demonstracji) jak i skutków negatywnego przebiegu prezentacji (demonstracji) upłynął 29 października 2016 r., czyli 10 dni od dnia otrzymania zaproszenia na prezentację. Nie ma też żadnych wątpliwości, że Odwołujący nie zakwestionował treści zaproszenia na prezentację w ww. terminie, mimo że ze względu na wartość zamówienia mógł wnieść odwołanie w tym zakresie. Generalnie zauważyć trzeba, że konieczność złożenia próbki, przeprowadzenia prezentacji jak i możliwe skutki negatywnego przebiegu prezentacji zaczęły „przeszkadzać” Odwołującemu dopiero po tym, gdy dowiedział się, że w trakcie prezentacji przeprowadzonej w dniu 26 października 2016 r. nie potwierdził niektórych funkcjonalności spośród wybranych do zaprezentowania przez Zamawiającego. Wcześniej natomiast Odwołujący nigdy nie kwestionował ani uprawnienia Zamawiającego do żądania złożenia próbki systemu, ani uprawnienia Zamawiającego do żądania przeprowadzenia prezentacji, ani określonych przez Zamawiającego skutków negatywnego przebiegu prezentacji. W szczególności Odwołujący choć mógł, to nie wniósł ani odwołania na wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 13 września 2016 r. ani odwołania wobec zaproszenia na prezentację z dnia 19 października 2016 r.

Ze względu na powyższe jest oczywiste, że w zakresie wszystkich zarzutów odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Zamawiający pragnie również podkreślić, że nie ma żadnych podstaw do tego, aby termin na wniesienie odwołania liczyć dopiero od dnia otrzymania przez Odwołującego zaproszenia do ponownej prezentacji próbki, czyli od dnia 12 stycznia 2017 r. Zaproszenie to stanowiło bowiem jedynie skorzystanie z prawa jakie Zamawiający zastrzegł sobie w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 13 września 2016 r. Ponadto zaproszenie to stanowi niemal dosłowne powtórzenie zaproszenia na

prezentację z dnia 19 października 2016 r. Nie jest zatem tak, że o obowiązku złożenia próbki systemu podczas prezentacji jak i o samej prezentacji próbki Odwołujący dowiedział się dopiero 12 stycznia 2017 r. Spóźnione kwestionowanie obowiązku złożenia próbki i przeprowadzenia prezentacji próbki oceniać należy jako niedopuszczalne.

Zamawiający pragnie zauważyć, że zarówno w orzecznictwie Sądów Okręgowych, jak i KIO podkreśla się konieczność zachowania terminów na skorzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp, w szczególności jeśli idzie o kwestionowanie postanowień SIWZ. Tytułem przykładu wskazać można na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 9 lipca 2009 r., XIX Ga 223/09: „trafnie KIO wskazała, że zarzuty te dotyczą postanowień SIWZ, a zatem winny być oprotestowane w stosownym, ustawowym terminie; nadto były już przedmiotem rozpoznania i rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą co do ich istoty. Skarżący nie zarzuca, by oferty wykonawców PW X i Z, a także i jego oferta były niezgodne z SIWZ, ale podnosi, że oferty złożone zgodnie ze specyfikacją co do przedmiotu zamówienia nie zawierają w istocie ani przedmiotu zamówienia ani ceny w rozumieniu wskazanych przepisów. Twierdzi też, że zarzuty takie można również podnosić przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Poglądu takiego nie sposób podzielić. Przepisy Pzp w sposób formalny i rygorystyczny regulują zarówno terminy jak i czynności, które w tych terminach można kwestionować środkami ochrony prawnej. Przy zaskarżeniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawca nie może skutecznie zarzucać wadliwości poszczególnych postanowień SIWZ, bo taki właśnie ma wydzwięk skarga w niniejszej sprawie. Uznając, że ww. zarzuty zgłoszone zostały po upływie ustawowego terminu. Sąd Okręgowy uznał że nie wymagają one merytorycznego rozstrzygnięcia i tym samym nie mogą wzruszyć trafności wyroku KIO.” Analogiczne stanowisko wyraziła KIO w wyroku z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1165/15, wskazując, iż: „to, że Odwołujący postawił zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie przesądza o tym, że termin na wniesienie odwołania w tym zakresie należy liczyć od dnia przesłania przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Przeczą temu okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, wskazane powyżej, z których wynika, że sformułowanie w ten sposób zarzutu prowadzi w istocie do obejścia przepisów prawa, dotyczących terminów wnoszenia odwołań.”

W ocenie Zamawiającego powyższe orzeczenia stosują się w niniejszej sprawie. W ich świetle, skoro zarzuty odwołania dotyczą w rzeczywistości wyjaśnień treści SIWZ, to odwołanie powinno zostać wniesione w terminie liczonym od dnia powzięcia przed Odwołującego wiadomości o ww. wyjaśnieniach.”

Izba na posiedzeniu dopuściła dowód z akt sprawy odwoławczej o sygn. akt: KIO 2274/16.

Treść poprzedniego odwołania złożonego przez wykonawcę Pixel Technology Sp. z

o.o. w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt: KIO 2274/16 jest następująca.

„Odwołująca zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 82 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie próbki systemu złożonego przez odwołującą podczas prezentacji w dniu 25 października 2016 roku jako część oferty w sytuacji gdy oferta powinna być złożona w terminie wskazanym w siwz, tj. do dnia 7 października 2016 roku.

2. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie różnych terminów dla różnych wykonawców do złożenia próbki systemu informatycznego, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp Prawa zamówień publicznych wobec błędnego uznania przez Zamawiającego, jakoby jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także przez błędną ocenę zademonstrowanych przez odwołującego próbek i przyjęcie, że przedstawione przez odwołującego próbki oprogramowania nie potwierdziły spełnienia wymagań zamawiającego, podczas gdy próbka oprogramowania w rzeczywistości potwierdzała wymagania zamawiającego.

4. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych wobec błędnego uznania przez Zamawiającego, że zostały spełnione przesłanki uzasadniające unieważnienie w postępowaniu poprzez brak nie podlegających odrzuceniu ofert,

W związku z powyższym Odwołująca wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i: nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz
2. unieważnienia odrzucenia oferty wykonawcy PIXEL TECHNOLOGY sp. z o. o.
3. dokonania ponownej oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzania prezentacji próbki (jako nie stanowiącej części oferty, złożonej po terminie składania ofert i w różnym terminie przez różnych wykonawców) w zamówieniu publicznym na Dostawę kompleksowego systemu informatycznego RIS-PACS wraz z wymaganym sprzętem dla potrzeb Zakładu Diagnostyki Obrazowej Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku Białej. (...)

W przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą żądania ponownej oceny ofert przez zamawiającego bez demonstracji próbki, odwołująca wnosi o dopuszczenie dowodu z przeprowadzenie demonstracji próbki podczas rozprawy z udziałem biegłego w zakresie informatyki będącego jednocześnie specjalistą w zakresie tworzenia i przesyłania danych medycznych w formie obrazów.

Interes we wniesieniu odwołania: PIXEL TECHNOLOGY sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi posiada interes w kwestionowaniu odrzucenia jego oferty. Oferta przez nią złożona jest ofertą

zawierającą najniższą cenę. W przypadku niewniesienia odwołania odwołująca mogłaby zostać pozbawiona prawnej możliwości uzyskania zamówienia. W konsekwencji działań Zamawiającego polegających na nieuprawnionym odrzuceniu oferty odwołująca poniosła szkodę w postaci niezyskania planowych zysków. W związku z powyższym należy przyjąć, iż zostały wypełnione przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, tj. posiadanie przez odwołującą interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Terminowość wniesienia odwołania: Odwołująca powzięła wiadomość o odrzuceniu oferty w dniu przesłania przez zamawiającego pisma datowanego na dzień 22 listopada 2016 roku, w tymże dniu. W tymże też dniu odwołująca powzięła informację o tym, że różni wykonawcy składali próbkę oprogramowania w różnym terminie. Odwołanie jest więc składane w ustawowym terminie 10 dni od dnia powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia.

UZASADNIENIE. Zamawiający w piśmie z dnia 22 listopada 2016 roku jako podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, tj. przepis pozwalający na odrzucenie oferty wykonawcy gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu tegoż pisma Zamawiający nie wskazał jednak żadnej części oferty, która jego zdaniem nie jest zgodna z zapisami zawartymi w dokumentacji przetargowej. Ofertę bowiem stanowią oświadczenia i dokumenty złożone przez wykonawców przed upływem terminu składania ofert określonym w siwz.

Zgodnie z częścią X siwz przedmiotowego postępowania na ofertę składają się:

- a) Oferta - wypełniony i podpisany przez wykonawcę formularz „ Oferta” - Załączniki nr 1 do nin. siwz;
- b) Wycena przedmiotu zamówienia - wypełniony i podpisany przez wykonawcę „Formularz asortymentowo-cenowy ” - Załącznik nr 2 do nin. siwz;
- c) Wypełniony i podpisany przez wykonawcę „Formularz parametrem i warunków wymaganych ” - Załącznik nr 3 do nin. siwz;

Ponadto do oferty wykonawcy powinni dołączyć dokumenty wskazane w punktach d-y na stronach 15-17 siwz.

Żadna część specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazywała jako części oferty próbki oprogramowania.

W związku z powyższym odwołująca nie złożyła wraz z ofertą próbki. Zamawiający w siwz nie nałożył bowiem na nią takiego obowiązku.

Na etapie pytań wykonawców zamawiający stwierdził, (odpowieź na pytanie 167 z

dnia 13 września 2016 roku), że w przypadku braku pewności co do zgodności zaoferowanych parametrów z wymaganiami SIWZ wezwie Oferenta do zaprezentowania wybranych parametrów celem potwierdzenia w formie demonstracji.

Z powyższego zapisu nie wynikał jednak obowiązek złożenia próbki, Zamawiający nie określił też żadnych zasad i reguł prezentacji wybranych parametrów produktów. Ponadto z odpowiedzi na zadane pytanie nie wynikało, że zamawiający będzie korzystać z tego rozwiązania, lecz, że w przypadku wystąpienia pewnych okoliczności (pojawienie się wątpliwości) przewiduje możliwość wezwania wykonawców do dokonania demonstracji.

Następnie, w toku oceny ofert, zamawiający wezwał odwołującego - podobnie jak innych wykonawców, do dokonania prezentacji zaoferowanego oprogramowania.

Dopiero w zaproszeniu do dokonania prezentacji z dnia 19 października 2016 roku (wysłanym po dniu składania ofert), zamawiający określił warunki tej prezentacji i tryb jej przeprowadzenia. Warunki te następnie doprecyzował w serii odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 24 października 2016 roku i 25 października 2016 roku. Oczywiście odpowiedzi te były udzielane po dniu składania ofert.

Na prezentację wykonawcy mieli przygotować oprogramowanie, które miało być demonstrowane. Wykonawcy mieli też dostarczyć sprzęt niezbędny do zaprezentowania funkcjonalności oprogramowania oraz badania, które miały być analizowane.

Podczas demonstracji próbki były prezentowane wszystkie lub ogromna większość funkcjonalności oprogramowania. Osoby uczestniczące w tej czynności (przedstawiciele Zamawiającego i użytkownika, tj. szpitala) nie wnosili uwag, część z nich czyniła notatki. Prezentacja była nagrywana na kamerę VIDEO.

Po zakończeniu demonstracji przedstawiciele odwołującej zapytali się o protokół z tej czynności. Otrzymali odpowiedź, że protokół zostanie im przesłany w terminie późniejszym. O wyniku postępowania, w tym o negatywnym rezultacie demonstracji próbki odwołująca dowiedziała się z pisma z dnia 22 listopada 2016 roku. Na żądanie odwołującej zamawiający udostępnił protokoły z posiedzeń komisji przetargowej (pismo odwołującego z dnia 23 listopada 2016 roku). Odmówił jednak udostępnienia nagrania video dokonanego podczas demonstracji próbki, twierdząc, że jest to dokument na użytek wewnętrzny. W tej sprawie odwołująca wysłała ponownie pismo, podkreślając, iż każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej.

Charakter próbki został określony w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy,

oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w którym uznano próbkę jako rodzaj dokumentu wymaganego od wszystkich wykonawców na potwierdzenie, że dane dostawy, usługi, czy roboty budowlane spełniają oczekiwania zamawiającego (mają potwierdzić konkretną okoliczność i dotyczą bezwarunkowo każdego wykonawcy).

Oznacza to, że próbka powinna być złożona wraz z wszystkimi dokumentami potwierdzającymi spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia.

W niniejszym postępowaniu próbka została przekazana Zamawiającemu podczas jej demonstracji, tj. już po dniu złożenia ofert. Takie działanie - zdaniem odwołującej - stanowi nieuprawnione przez zamawiającego rozszerzenie zakresu pojęcia oferta. Takie postępowanie Zamawiającego nie jest zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Wyraźne stanowisko w tym zakresie prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza, wskazując w wyroku z dnia 30 czerwca 2016 roku (KIO 1045/16): Zgodność treści oferty z treścią SIWZ oceniana jest według stanu na dzień złożenia oferty. Po złożeniu oferty możliwe jest jedynie wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z wyłączeniem negocjacji oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2 tego artykułu.

Ponadto taka sytuacja, że część wykonawców ma prawo sprecyzować lub uzupełnić ofertę (poza przypadkami wyraźnie określonymi w przepisach Prawa zamówień publicznych) już po terminie składania ofert jest uznawana w orzecznictwie za niedopuszczalną i naruszającą zasadę równego traktowania wykonawców. Tytułem przykładu można wskazać wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 roku (KIO 250/16): Dopuszczenie do sformułowania, bądź skonkretyzowania przez wykonawcę treści oferty po upływie terminu składania ofert, byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Ponadto Zamawiający zaprosił różnych Wykonawców w różnym terminie na demonstrację próbki. Odwołujący został zaproszony w dniu 26 października 2016 roku, a inny wykonawca w dniu 27 października 2017 roku. Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż każdy z nich ma inny termin na przygotowanie swojej części oferty. Informację o różnych terminach składania próbek przez Wykonawców, odwołujący powziął wraz z zapoznaniem się z pismem Zamawiającego z dnia 22 listopada 2016 roku. W piśmie z dnia 22 listopada 2016 roku Zamawiający określił tylko te funkcjonalności, które - jego zdaniem - oprogramowanie odwołującego nie spełnia."

Odnosząc się już do konkretnych zakwestionowanych funkcjonalności konieczne jest wskazanie: (...). Odwołujący przytoczył zarzuty szczegółowe wobec oceny jego oferty.

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie sygn. akt: KIO 2274/16 podaje, że: „dnia 13 grudnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo od Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2016 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” - Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

14 grudnia 2016 roku, przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem Stron, Odwołujący przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2274/16 oświadczenie o cofnięciu odwołania, jednocześnie wskazując, że otrzymał w dniu 12 grudnia 2016 roku pismo od Zamawiającego o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego i zamiarze dokonania ponownego badania i oceny ofert, co w ocenie Odwołującego stanowi uznanie odwołania przez niego wniesionego. Odwołujący wniósł również o zwrot całości kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania zgodnie z § 5 ust. 1 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).

Izba na posiedzeniu dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe postępowanie podlega umorzeniu w oparciu o art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zmianami) oraz zgodnie z tym przepisem Odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Izba zaznacza, że nie doszło do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, ponieważ w tym zakresie niezbędne byłoby złożenie przez Zamawiającego stosownego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, które zostałyby skierowane do Izby (art. 186 ust. 2 ustawy) przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (art. 186 ust. 1 ustawy).

W tej sprawie Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie ale nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, lecz wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na dokonane czynności i w konsekwencji brak wpływu na wynik postępowania rozstrzygnięcia w zakresie postawionych zarzutów.

Izba podkreśla, że ustawa de lege lata w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności w zakresie postanowień dokumentacji objętych zarzutami i wnioskami. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dokonane czynności nie muszą być zgodne z żądaniem zawartymi w odwołaniu, jak również, że stanowią one uwzględnienie zarzutów odwołania.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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), w przypadku cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku urzędu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.”

Izba zważyła, co następuje.

Zdaniem Izby, całokształt zarzutów i żądań oraz ich uzasadnienie, przedstawione obecnie przez odwołującego - mimo, że skarżona jest czynność ponownego wezwania wykonawców do prezentacji próbki systemu informatycznego - dotyczy braku podstaw po stronie zamawiającego do przeprowadzania takich działań, i braku ich umocowania w obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Okoliczności bezsporne, gdyż przywoływane w treści odwołania potwierdzają, że w dniu 13 września 2016 r. zamawiający zamieścił wyjaśnienia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej. W wyjaśnieniach tych, a dokładnie w odpowiedziach na pytaniach od 167 do 170 zamawiający udzielił informacji zarówno co do przedmiotu prezentacji (demonstracji), zasad jej przeprowadzenia jak i skutków negatywnego przebiegu prezentacji (demonstracji), o następującej treści:

„Pytanie 167

Czy Zamawiający będzie wymagał potwierdzenia zaoferowanych parametrów systemu w formie demonstracji produktu, polegającej na za prezentowaniu wybranych parametrów funkcjonalnych, wymaganych w niniejszym postępowaniu?

Odpowiedź: Zamawiający w przypadku braku pewności co do zgodności zaoferowanych parametrów z wymaganiami SIWZ wezwie Oferenta do zaprezentowania wybranych parametrów celem potwierdzenia w formie demonstracji.

Pytanie 168

Czy Zamawiający zastrzega sobie możliwość wezwania do dostarczenia próbki systemu potwierdzającej spełnienie rzeczonych wymogów?

Odpowiedź: Zamawiający w przypadku braku pewności co do zgodności zaoferowanych parametrów z wymaganiami SIWZ zastrzega sobie możliwość wezwania Oferta do dostarczenia wszelkich dowodów zgodności, w tym również próbki systemu.

Pytanie 169

Czy Zamawiający będzie wymagał wykonania takiej demonstracji w terminie 7 dni od daty wezwania?

Odpowiedź: Zamawiający w przypadku braku pewności co do zgodności zaoferowanych parametrów z wymaganiami SIWZ będzie wymagał ewentualnej demonstracji przed ogłoszeniem wyników postępowania

Pytanie 170

Czy brak spełnienia poszczególnych wymogów podczas wykonywania demonstracji będzie

skutkował odrzuceniem oferty?

Odpowiedź: Brak spełnienia wymogów SIWZ wymaganych na dzień złożenia oferty lub podczas wykonywania demonstracji będzie podstawą do odrzucenia oferty. ”

Powyższe wyjaśnienia udzielone w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp - stały się obowiązującą częścią składową SIWZ i zostały udostępnione wykonawcom przed upływem terminu składania ofert, który upływał w dniu 7 października 2016 r. (protokół postępowania).

Jeżeli odwołujący uznawał, że weryfikacja treści oferty, którą zamierzał złożyć w postępowaniu w oparciu o prezentację (demonstrację systemu informatycznego), czy też zasady jej przeprowadzenia - są nieuprawnione, wadliwe, lub niedookreślone winien złożyć odwołanie w stosownym terminie, przewidzianym w ustawie Pzp.

Na obecnym etapie postępowania postanowienia SIWZ zostały ukształtowane w sposób ostateczny i nie zachodzą żadne przesłanki do rewidowania ich treści.

Składając ofertę odwołujący zdawał sobie zatem sprawę i akceptował to, iż może zostać wezwany do złożenia próbki systemu, jak i do przeprowadzenia prezentacji (demonstracji).

Przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Tym samym zarzuty odwołania, sprowadzające się do kwestionowania prawa zamawiającego do żądania złożenia próbki systemu, jak i prawa do żądania prezentacji próbki, mogły zostać podniesione w terminie 10 dni od dnia, w którym odwołujący powziął wiadomość o tym, że zamawiający przewiduje zarówno złożenie próbki systemu, jak i samą prezentację próbki, zatem w terminie liczonym od dnia 13 września 2016 r.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że termin na kwestionowanie wymogu przeprowadzenia prezentacji oferowanego systemu (demonstracji), zasad jej przeprowadzenia, jak i skutków negatywnego przebiegu prezentacji (demonstracji) upłynął bezskutecznie dnia 23 września 2016 r., czyli 10 dni od zamieszczenia na stronie internetowej wyjaśnień treści SIWZ z dnia 13 września 2016 r.

Nie miało żadnego znaczenia wniesienie przez odwołującego odwołania w dniu 2 grudnia 2016 r., w którym odwołujący oprócz kwestionowania oceny swojej oferty, przywoływał te same okoliczności i zarzuty dotyczące braku podstaw do żądania próbki i przeprowadzenia prezentacji systemu informatycznego.

Twierdzeń odwołującego o rzekomym uwzględnieniu przez zamawiającego odwołania

w sprawie sygn. akt. KIO 2274/16 i konieczności spełnienia zawartych w nim żądań, nie potwierdza przytoczone wyżej postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2016 r., w którym Izba wyraźnie zaznaczyła, że: „nie doszło do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, ponieważ w tym zakresie niezbędnym byłoby złożenie przez Zamawiającego stosownego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, które zostałyby skierowane do Izby (art. 186 ust. 2 ustawy) przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (art. 186 ust. 1 ustawy).

W tej sprawie Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, ale nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, lecz wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na dokonane czynności i w konsekwencji brak wpływu na wynik postępowania rozstrzygnięcia w zakresie postawionych zarzutów. (...) Jednocześnie należy zaznaczyć, że dokonane czynności nie muszą być zgodne z żądaniami zawartymi w odwołaniu, jak również, że stanowią one uwzględnienie zarzutów odwołania.

Z uwagi na wycofanie odwołania przez odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 2274/16 umorzyła postępowanie i orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku urzędu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z wymienionego środka ochrony prawnej.

Termin na wniesienie odwołania na postanowienia na postanowienia SIWZ - biorąc pod uwagę treść zgłaszanych zarzutów - bezskutecznie upłynął w dniu 23 września 2016 r., co spowodowało wygaśnięcie uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej w tym zakresie. Nie było żadnych podstaw do tego, aby termin na wniesienie odwołania liczyć dopiero od dnia otrzymania przez odwołującego zaproszenia do ponownej prezentacji próbki, czyli od dnia 12 stycznia 2017 r. Zaproszenie to stanowiło bowiem jedynie skorzystanie z prawa jakie zamawiający zastrzegł sobie w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 13 września 2016 r.

Z uwagi na powyższe, zarzuty odwołania Izba uznała za zgłoszone z uchybieniem terminu, zatem odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które pozostają ustalane z urzędu, obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do odrzucenia odwołania. Zgodnie z postanowieniami art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego. W oparciu o § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczony przez odwołującego wpis na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014 r. poz. 964), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....