

Sygn. akt: KIO/114/11
KIO/116/11

WYROK
z dnia 31 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **21 stycznia 2011 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Konsorcjum: ComArch S.A., ESA Projekt Sp. z o.o., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A;

B. Konsorcjum: Global Services Sp. z o.o., Kamsoft S.A., 40-235 Katowice, Ul. 1 Maja 133;

od czynności zamawiającego **Województwo Łódzkie, 90-051 Łódź, al. Piłsudskiego 8 i**

przy udziale wykonawców, w sprawach o sygn.: **KIO 114/11: SYGNITY S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 oraz Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** i sygn.: **KIO 116/11: Konsorcjum: ComArch S.A., ESA Projekt Sp. z o.o., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A, SYGNITY S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 oraz Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.**

orzeka:

1. oddała oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: ComArch S.A., ESA Projekt Sp. z o.o., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A** i **Konsorcjum: Global Services Sp. z o.o., Kamssoft S.A., 40-235 Katowice, Ul. 1 Maja 133** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., ESA Projekt Sp. z o.o., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A;**

B koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Global Services Sp. z o.o., Kamssoft S.A., 40-235 Katowice, Ul. 1 Maja 133;**

2) dokonać wpłaty kwoty 7 375 zł 60 gr (słownie: siedem tysięcy trzysta siedemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:

A kwoty 3 687 zł 80 gr (słownie: trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt siedem złotych osiemdziesiąt groszy) przez **Konsorcjum: ComArch S.A., ESA Projekt Sp. z o.o., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A** na rzecz **Województwo Łódzkie, 90-051 Łódź, al. Piłsudskiego 8**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu;

B kwoty 3 687 zł 80 gr (słownie: trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt siedem złotych osiemdziesiąt groszy) przez **Konsorcjum: Global Services Sp. z o.o., Kamssoft S.A., 40-235 Katowice, Ul. 1 Maja 133** na rzecz **Województwo Łódzkie, 90-051 Łódź, al. Piłsudskiego 8**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,

Pouczenie:

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO/ 114/11

Sygn. akt: KIO/ 116/11

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] w trybie przetargu ograniczonego na „Wdrożenie Regionalnej Platformy Danych (RPD) w ramach projektu Usługi Regionalnego Systemu Informacji Medycznej (RSIM-UsługiJ” przez Zamawiającego - Województwo Łódzkie Urząd Marszałkowski w Łodzi.

1. sprawa o sygn. akt: KIO 114/11

Odwołanie zostało wniesione przez Konsorcjum firm: ComArch SA. - Lider Konsorcjum [dalej także Odwołujący lub wykonawca]. W tym odwołaniu wykonawca podniósł zarzut naruszenia w postępowaniu art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 10 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp]. Powyższe naruszenie jest skutkiem, zdaniem wykonawcy, (1) niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez Zamawiającego czynności, do podjęcia której był zobowiązany, zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu tj. zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2010 roku, sygn. akt: KIO/UZP 2259/10, KIO/UZP 2263/10, (2) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na przyznaniu niewłaściwej ilości punktów; (3) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wykluczeniu Konsorcjum ComArch z postępowania jako niezaproszonego do składania ofert; oraz (4) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na niewłaściwym wskazaniu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty, w tym Konsorcjum ComArch. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i (1) nakazanie Zamawiającemu dokonania bezprawnie zaniechanej czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu - wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2010 roku, sygn. akt: KIO/UZP 2259/10, KIO/UZP 2263/10 i przyznanie Konsorcjum Comarch 5 (pięć) punktów, (2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania jako niezaproszonego do składania ofert; (3) nakazanie Zamawiającemu wskazania Konsorcjum Comarch jako wykonawcy, który zostanie zaproszony do złożenia

oferty. W uzasadnieniu odwołania podał, że w dniu 7 października 2010 roku Konsorcjum ComArch otrzymało od Zamawiającego „Informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków”, w którym Zamawiający wskazał, iż Konsorcjum Comarch spełnia warunki podmiotowe - jednakże otrzymało jedynie 1 punkt - a zatem nie zostanie zaproszone do składania ofert i zgodnie z art. 51 ust. 2 jest wykluczone z postępowania jako niezaproszony do składania ofert. Nie mogąc zgodzić się z takimi czynnościami Zamawiającego - Konsorcjum Comarch złożyło odwołanie, które zostało rozpatrzone przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku z dnia 2 listopada 2010 roku, sygn. akt: KIO/UZP 2259/10, KIO/UZP 2263/10 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Konsorcjum Comarch (KIO/UZP 2259/10) i nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie od udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu (strona 9) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „W konsekwencji uzasadnione jest twierdzenie odwołującego o wykazaniu realizacji 4 usług, co w świetle zasad oceny określonych w ogłoszeniu skutkuje nakazaniem przyznania odwołującemu się konsorcjum 5 punktów zgodnie z ustalonymi w ogłoszeniu zasadami punktacji”. Z powyższego wyraźnie wynika, iż Krajowa Izba Odwoławcza dokładnie zbadała treść wniosku Konsorcjum Comarch i stwierdziła - zgodnie z przysługującymi jej kompetencjami - iż Konsorcjum Comarch powinno otrzymać 5 punktów. Podkreślić należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu przyznać Konsorcjum Comarch 5 punktów - „co w świetle zasad oceny określonych w ogłoszeniu skutkuje nakazaniem przyznania odwołującemu się konsorcjum 5 punktów”. Istotnym dla niniejszej sprawy jest okoliczność, iż Zamawiający nie złożył na przedmiotowy wyrok skargi do Sądu Okręgowego - a zatem zgadzał się z przedmiotowym wyrokiem. Nie złożenie skargi do Sądu Okręgowego spowodowało po stronie Zamawiającego powstanie obowiązku wykonania przedmiotowego wyroku. Tymczasem Zamawiający w dniu 10 stycznia 2011 roku (pismo datowane na 5 stycznia 2011 roku) przesłał Informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, w której to Informacji Zamawiający przyznał Konsorcjum Comarch 3 punkty - zamiast 5 punktów, do czego był zobowiązany zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, argumentując, iż „nie uznał 1 z 4 usług”. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający nie miał żadnej swobody działania w zakresie „uznania” czy też „nie uznania” usług - a to ze względu, iż Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie wskazała, że „uzasadnione jest twierdzenie odwołującego o wykazaniu realizacji 4 usług” oraz nakazała przyznanie Odwołującemu 5 punktów. Tym samym - Zamawiający, wykonując przedmiotowy wyrok, mógł w zakresie 4 usług, które były już badane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jedynie przychylić się do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej i przyznać Odwołującemu 5 punktów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca – Asseco Poland SA Rzeszowa oraz Syginty S.A. z Warszawy.

2. sprawa o sygn. akt: KIO 116/11

Odwołujący - Konsorcjum spółek Global Services sp. z o.o. w Katowicach (Lider Konsorcjum) i KAMSOFT S.A. w Katowicach [dalej: Konsorcjum spółek Global Services sp. z o.o. oraz KAMSOFT S.A. wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dotyczącej; (1) sformułowania błędnej oceny spełniania warunków w postępowaniu; (2) wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, jako niezaproszonego do składania ofert; niewłaściwego wskazania Wykonawców zaproszonych do składania ofert (niezaproszeniu do składania ofert Odwołującego). Skarżone czynności Zamawiającego naruszają art. 7 ust. 1 Pzp albowiem są wyrazem nierównego traktowania wykonawców i naruszają zasady uczciwej konkurencji; (2) art. 51 ust. 1 pzp w zw. z art. 51 ust. 2 albowiem Zamawiający, dokonując błędnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczył Odwołującego z postępowania pomimo, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i powinien zostać zaproszony do składania ofert, jako wykonawca sklasyfikowany na pierwszym miejscu w grupie wykonawców dopuszczonych do składania ofert. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazanie Zamawiającemu przyznania Odwołującemu poprawnej ilości punktów, a także nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego do składania ofert. W uzasadnieniu odwołania podał, że z dokonanej przez Zamawiającego oceny wynika, iż Odwołujący został wykluczony z postępowania, albowiem rzekomo Odwołujący nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie uznał usług wskazanych przez Odwołującego na stronie 54 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to jest usług polegających na wykonaniu i wdrożeniu systemu dotyczącego sektora ochrony zdrowia o charakterze centralnym lub regionalnym, którego głównym zadaniem było integrowanie i analizowanie danych z rozproszonych źródeł, który obejmował swoim rozmiarem organizacyjnym minimum 10 podmiotów w różnych lokalizacjach o wartości co najmniej 2 000 000 PLN brutto. Podkreślił jednocześnie, iż w pozostałym zakresie Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu - w tym wszystkie inne przedstawione wykonane usługi. W konsekwencji przedmiot sporu sprowadza się wyłącznie do zakwestionowania przez Zamawiającego usług o których mowa na stronie 54 wniosku o dopuszczenie i to nie w całej charakterystyce tych usług, albowiem przedmiot sporu zawęży się do oceny, czy te usługi Odwołujący wykonał i wdrożył. Pozostałe cechy tych spornych usług, to jest stwierdzenie, że dotyczą sektora ochrony zdrowia, ich głównym zadaniem było integrowanie i analizowanie danych z rozproszonych źródeł, obejmowanie organizacyjnie

minimum 10 podmiotów w różnych lokalizacjach, wartości co najmniej 2 000 000 PLN - nie zostały przez Zamawiającego zakwestionowane. Na uzasadnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2010-11-02, wydanym w postępowaniu toczącym się pod sygn. akt KIO 2259/10 oraz KIO 2263/10, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień lub złożenia wykazu projektów/usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług z których to wyjaśnień i dokumentów miało wynikać, że Odwołujący spełnia sporny wymóg udziału w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, iż przedstawione wyjaśnienia i dokumenty w dalszym ciągu – jego zdaniem - nie potwierdzają, że wykonane usługi polegają na wykonaniu i wdrożeniu systemu informatycznego. Zamawiający dodał również, iż z treści załączonych, po wezwaniu Zamawiającego, wyjaśnień i dokumentów nie wynika odmienny stan faktyczny w odniesieniu do tezy zawartej w ww. wyroku KIO – zdaniem Zamawiającego sporne usługi dotyczyły udzielenia licencji oraz świadczenia usług konserwacji i subskrypcji, co nie jest równoznaczne z wykonaniem i wdrożeniem. Kwestionując przedstawioną wyżej błędną oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonaną przez Zamawiającego, wykonawca stwierdził, że skutkowała ona podjęciem kolejnych zaskarżonych w niniejszym odwołaniu czynności. Zdaniem wykonawcy stan faktyczny po dokonaniu czynności wyjaśnień wbrew twierdzeniom Zamawiającego jest odmienny w odniesieniu do tezy zawartej w wyroku KIO z dnia 2010-11-02. W wyroku tym KIO wobec wniosku, o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez Odwołującego stwierdziła jedynie, iż przedłożony wykaz usług wykonanych na rzecz NFZ nie potwierdza spełniania wymaganego warunku wykonania i wdrożenia systemu informatycznego, która to okoliczność wynika z treści referencji NFZ wskazujących, że projekty dotyczyły udzielenia licencji oraz świadczenia usług konserwacji i subskrypcji i tym samym Izba uznała za konieczne zażądanie od Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Izba wyłącznie wskazała, iż treść referencji wystawionych przez NFZ ma niejasną treść i dlatego wymaga wyjaśnienia przez przedstawiającego je Wykonawcę. W odpowiedzi na żądanie wyjaśnień sformułowane przez Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 2010-11-25 szczegółowo i jednoznacznie wyjaśnił charakter usług wykonywanych na rzecz NFZ podkreślając, że w trakcie wykonywania tych usług wykonywane i wdrażane są, w ramach usługi subskrypcji, nowe systemy informatyczne wspomagające pracę NFZ. W wyjaśnieniach stwierdzono, iż wykonywanie i wdrażanie nowego oprogramowania następuje w ramach umowy subskrypcji. Do wyjaśnień załączono tekst umowy dotyczącej wykonywania usługi subskrypcji. Tym samym Zamawiający dokonał błędnej interpretacji zarówno samych wyjaśnień, jak i załączonej do nich umowy pomimo, iż w samym tekście umowy jest szereg zapisów potwierdzających to, że Odwołujący wykonał i wdrożył wyspecyfikowane, w treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oprogramowanie. W umowie nie ma legalnej definicji sformułowania „subskrypcja oprogramowania”. Subskrypcja oprogramowania

w ogóle nigdzie nie jest zdefiniowana. Pojęcie to należy traktować, jako swoistą prenumeratę oprogramowania, która zapewnia w kolejnym okresie subskrypcyjnym otrzymywanie nowego, aktualnego do potrzeb oprogramowania odwołującego się zarówno do wcześniejszych, jak i całkiem nowych funkcjonalności, ale oprogramowania o zdefiniowanym profilu merytorycznym. Używając przykładu spoza branży informatycznej subskrypcję oprogramowania można porównać z prenumeratą czasopism, która zapewnia, iż cyklicznie otrzymuje się nowe czasopismo o tematyce zdefiniowanej w profilu danego tytułu. Z zapisów umowy wynika jednoznacznie, iż subskrypcja oprogramowania obejmuje wytwarzanie (wykonywanie) oprogramowania, a następnie jego wdrożenie. Stwierdził także, że w umowie jest również szereg zapisów dotyczących wdrożenia wykonanego, nowego oprogramowania. I tak wskazując na konkretne zapisy umowy nr 60/2009 zawartej w dniu 2009-06-05 wskazać należy w szczególności na następujące jej zapisy znajdujące się już w samym słowniczku umowy: (a) § 1 pkt 1 umowy zawierający definicję oprogramowania. W definicji wprost wskazano, iż oprogramowanie to „...całość oprogramowania aplikacyjnego, wytworzonego przez Wykonawcę...”. Definicja ta jednoznacznie potwierdza, iż Wykonawca wytworzył (wykonał) oprogramowanie objęte umową na rok 2009; (b) § 1 pkt 3 umowy zawierający definicję funkcjonalności oprogramowania. W definicji tej wprost stwierdzono, że funkcjonalności oprogramowania, to również nowa funkcjonalność uzyskana w ramach realizacji usług będących przedmiotem umowy” na rok 2009, oraz (c) § 1 pkt 5 - 8 i pkt 14 umowy zawierający definicję aktualizacji oprogramowania, przystosowania oprogramowania, standaryzacji oprogramowania, nadzoru autorskiego nad oprogramowaniem, wsparcia. Definicje te opisują czynności, które wykonywane są w ramach procesu wdrażania oprogramowania. O wdrażaniu nowo wytworzonego oprogramowania świadczą również następujące zapisy umowy: § 2 ust. 1, § 2 ust. 5 pkt. 4 (dotyczący prowadzenia szkoleń i prezentacji nowo wytworzonego oprogramowania nie ma obiektywnego sensu szkolić i prezentować z zakresu już użytkowanego oprogramowania), § 2 ust. 6 (w którym wprost napisano o przygotowaniu i przekazywaniu zestawów oprogramowania – czynności możliwe tylko wobec nowo wytworzonego oprogramowania), § 3 ust. 2 pkt 7 - 9 (stanowiący o klasycznych czynnościach wdrożeniowych - wdrażać można tylko nowo wytworzone oprogramowanie), § 3 ust. 3 pkt 9 (stwierdzający, że oprogramowanie jest tworzone zgodnie z wytycznymi Zamawiającego - wskazuje to jednoznacznie na wytwarzanie nowego oprogramowania), § 5 ust. 2 (dotyczący udzielenia gwarancji na oprogramowanie - gwarancji udziela się wyłącznie na nowe produkty), § 5 ust. 5 (odesłanie do całkowicie nowych funkcji oprogramowania wytworzonych w ramach umowy na rok 2009, a zdefiniowanych w załączniku nr 16 do umowy), § 6 ust. 1 (stanowiący o instrukcji instalacji oprogramowania - potrzeba instalacji oprogramowania dotyczy wyłącznie nowo wytworzonego oprogramowania oraz stanowiący o liście zmian nowego oprogramowania), § 6 ust. 3 (stanowiący o przekazywaniu

nowej dokumentacji do nowego oprogramowania - specyfika umowy polegała na wytwarzaniu np. w nowej technologii systemów informatycznych o nazwach identycznych z ich poprzednikami), § 10 (stanowiący o depozycie kodu źródłowego - ten zapis pojawiał się w umowach corocznie, co roku deponowano nowy kod źródłowy, nadto w ust. 5 tego paragrafu sformułowany został obowiązek aktualizacji zdeponowanego kodu źródłowego), załącznik nr 3 pkt III (stanowiący uszczegółowienie zakresu usług aktualizacji, przystosowywania, standaryzacji oprogramowania - w swej treści potwierdzający, że oprogramowanie zostało wytworzone i wdrożone w ramach umowy na rok 2009), załącznik nr 3 pkt IV (stanowiący o etapach wdrażania oprogramowania i przekazywaniu nowo wytworzonego oprogramowania), załącznik nr 3 pkt V (stanowiący o samej zmianie oprogramowania), załącznik nr 4 pkt 2 (stanowiący o szkoleniach i prezentacjach - jest to standardowy element wdrożenia), załącznik nr 16 (stanowiący dowód wytwarzania nowego, niezwykle skomplikowanego oprogramowania o bardzo zaawansowanych funkcjach). Podobnie zapisy z umowy łączącej NFZ z Global Services sp. z o.o. są powtórzone w umowie łączącej NFZ z konsorcjum KAMSOFIT – Asseco. Wykonawca dodatkowo powołał się na załącznik nr 1 umowy, który wskazuje na liczbę systemów informatycznych funkcjonujących w NFZ, a wykonujących samodzielne funkcje. Systemy te dotyczą zakresu sektora ochrony zdrowia, a ich zadaniem jest integrowanie i analizowanie danych z rozproszonych źródeł. Liczba tych systemów i ich tematyka wskazuje, iż Odwołujący przedstawia najlepszą możliwą referencję, jednoznacznie wskazującą na to, że jest on Wykonawcą zdolnym wykonać zamówienie albowiem na co dzień obsługuje proces wytwarzania systemów informatycznych wspomagających kontraktowanie, sprawozdawczość, rozliczanie i kontrolę umów zawieranych przez NFZ z ponad dwudziestoma pięcioma tysiącami (25000) podmiotów gospodarczych udzielających świadczeń zdrowotnych (podmiotów z zakresu Ochrony Zdrowia) na terenie RP. W ramach tych systemów przetwarzane jest rocznie ponad pięćdziesiąt pięć tysięcy umów (55000) dotyczących wykonywanych świadczeń zdrowotnych. Z systemów korzysta ponad sześćdziesiąt pięć tysięcy (65000) użytkowników w całej Polsce. Systemy również na bieżąco są modyfikowane w zakresie dotyczącym zmieniających się przepisów (ustaw i wydanych na ich podstawie rozporządzeń Ministra Zdrowia) regulujących problematykę ochrony zdrowia oraz wydawanych zarządzeń Prezesa NFZ. Systemy rozliczają niemal cały budżet RP przewidziany na ochronę zdrowia. Nie ma na terenie RP, w zakresie sektora ochrony zdrowia, porównywalnych w zakresie przedmiotowym i stopniach skomplikowania systemów informatycznych, które są wytwarzane z roku na rok według projektów (merytorycznych wymogów) Zamawiającego. W konsekwencji przedsiębiorcy działający na terenie RP nie są w stanie przedstawić lepszej referencji, aniżeli zakwestionowany przez Zamawiającego wykaz usług. Tym samym nie ma podmiotu bardziej kompetentnego do realizacji zamówienia ogłoszonego przez Zamawiającego, aniżeli Odwołujący. W odniesieniu do spornego wymagania Odwołujący zrealizował następujące

systemy informatyczne, których wykonanie potwierdzają zakwestionowane referencje: System Informatyczny Wspomagania Działalności NFZ - Obszar Centralnych Zasobów Słownikowych, System Informatyczny Wspomagania Działalności NFZ - Obszar Centralnej Bazy Endoprotezoplastyk, System Informatyczny Wspomagania Działalności NFZ - Obszar Centralnego Monitoringu Zaopatrzenia Ortopedycznego, System Informatyczny Wspomagania Działalności NFZ - Obszar Centralnej Bazy Zgód Indywidualnych, System Informatyczny Wspomagania Działalności NFZ- Monitorowanie Kosztów Leczenia, System Informatyczny Wspomagania Działalności NFZ - Centralne Definiowanie oraz Monitoring Konkursów Ofert, System Informatyczny Wspomagania Działalności NFZ - SOLU - System Obsługi Lecznictwa Uzdrowiskowego, System Informatyczny Wspomagania Działalności NFZ - KDROLO – Moduł Informacji o Listach Oczekujących na Udzielenie Świadczeń Zdrowotnych. Wykaz tych wykonanych i wdrożonych systemów informatycznych załączony został przez Odwołującego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca wskazał także na oczywisty błąd w wykładni treści spornych referencji wystawionych przez NFZ. W referencjach tych jest mowa o udzieleniu licencji na użytkowane oprogramowanie oraz świadczenie usług konserwacji i subskrypcji. Zauważa, iż treść referencji poświadcza udzielenie licencji na oprogramowanie - skoro również w ramach umowy na 2009 r. licencje zostały udzielone, to tym samym w ramach tej umowy licencjonowane oprogramowanie musiało zostać wykonane. Tym samym nie jest prawdziwe twierdzenie, że treść spornych referencji nie potwierdza wykonania systemów zamówionych w ramach umowy na rok 2009. Treść tych referencji potwierdza wykonanie systemów tyle tylko, że czyni to pośrednio, a nie wprost. Gdyby Odwołujący w ramach umów z NFZ tylko serwisował i konserwował systemy informatyczne NFZ, to w takim razie nie byłoby potrzeby licencjonowania oprogramowania. Nadto treść referencji przykładowo wylicza, co wchodziło w zakres subskrypcji oprogramowania w roku 2009 (poza jego wykonaniem, co wynika ze zwrotu dotyczącego jego licencjonowania) - w zakres usługi subskrypcji wchodziło między innymi udzielanie konsultacji, doradztwa i prowadzenie szkoleń, co jednoznacznie świadczy o wdrażaniu systemów (tego typu czynności są podstawowymi elementami wdrożenia systemów informatycznych albowiem wdrożenie nie polega na samym zainstalowaniu oprogramowania, lecz na doprowadzeniu do sytuacji w której użytkownicy potrafią nowe oprogramowanie użytkować). Gdyby Odwołujący wyłącznie konserwował i serwisował systemy informatyczne Funduszu, to w takim razie nie byłoby potrzeby ich wdrażania. Truizmem jest twierdzenie, iż wdrożeniu podlegają nowo wykonane, a nie już wcześniej użytkowane systemy informatyczne. Podkreślił także, że w niczym nie znajduje uzasadnienia ewentualny pogląd w świetle, którego w ramach stałej, długoletniej współpracy nie wytwarza się nowego oprogramowania stanowiącego nowe systemy informatyczne Zamawiającego. Co więcej nie korespondującym z zasadami doświadczenia życiowego będzie twierdzenie, iż wszystkie skomplikowane systemy informatyczne

Narodowego Funduszu Zdrowia wytworzone zostały jeszcze w początkach powstania Kas Chorych i od tamtego czasu są wyłącznie serwisowane przez Odwołującego. Pogląd taki całkowicie nie uwzględniałby niezwykle dynamicznych zmian w technologiach tworzenia oprogramowania komputerowego. Niezgodne z przepisami Pzp czynności Zamawiającego wynikły zapewne z braku legalnej definicji sformułowania subskrypcja oprogramowania oraz z niejednolitego rozumienia tego pojęcia w praktyce działania przedsiębiorców tworzących oprogramowanie komputerowe i nie były wyrazem złej jego woli. Błąd Zamawiającego zapewne w jakimś stopniu spowodowany został również bałamutną argumentacją Wykonawcy Asseco Poland S.A., który z premedytacją i wyłącznie w celu doprowadzenia do sytuacji wykluczenia z postępowania Odwołującego stwierdził - niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy - iż w ramach wykazu spornych usług Odwołujący nie wykonywał i nie wdrażał oprogramowania. Niemniej o rzeczywistym zakresie zobowiązania Odwołującego wobec NFZ, czyli o rzeczywistym zakresie zakwestionowanych usług decyduje nie nazwa umowy (zawierająca faktycznie niejasne sformułowanie subskrypcja), ani nie mające wyłącznie taktyczny charakter twierdzenia innego Wykonawcy usiłującego doprowadzić do wykluczenia z postępowania Odwołującego, lecz o rzeczywistym charakterze tych usług decyduje treść łączącego Odwołującego i NFZ stosunku umownego, która niestety została błędnie zinterpretowana przez Zamawiającego, który w konsekwencji, w sposób naruszający przepisy Pzp, wykluczył z postępowania Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca – Asseco Poland SA Rzeszowa oraz Syginty S.A. z Warszawy i Konsorcjum ComArch z Krakowa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie, wniósł o oddalenie obydwu odwołań uznając, że dokonana przez niego ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu została dokonana należycie z uwzględnieniem postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2 listopada 2010 r. wydanym łącznie w sprawach KIO 2259/10 oraz KIO 2263/10.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia, treść złożonych wniosków i wyjaśnień, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy stwierdziła, że odwołania podlegają oddaleniu.

Sygn. akt: KIO 114/11

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu o sygn. akt KIO 114/11, Izba stwierdziła, że wyrokiem z dnia 2 listopada 2010 r., wydanym łącznie w sprawach KIO 2259/10 oraz KIO 2263/10, Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołania nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z uzasadnienia tego wyroku wynika co prawda, że w zakresie sprawy KIO 2259/10, Izba uznała, iż uzasadnione jest twierdzenie odwołującego się wykonawcy – Konsorcjum ComArch S.A., dotyczące wykazania realizacji 4 usług, co w świetle zasad oceny skutkuje nakazaniem przyznania wykonawcy 5 punktów, jednakże w tym samym uzasadnieniu w sprawie KIO 2263/10, skład orzekający KIO stwierdził konieczność uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego - Alma S.A., na którego doświadczenie powołał się Odwołujący dla wykazania warunku udziału w postępowaniu. W konkluzji uzasadnienia powołanego wyroku KIO, wskazując na sentencję orzeczenia, orzekła o konieczności ponownego badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego, nie jest zasadna argumentacja Odwołującego, że powołanym wyrokiem KIO z dnia 2 listopada 2010 r. Zamawiający został zobowiązany do jego wykonania tylko w zakresie sprawy KIO/2259/10 i przyznania wykonawcy 5 punktów. Na marginesie Izba stwierdza, że Odwołujący nie kwestionował czynności wezwania do złożenia dokumentów zawartej w piśmie z dnia 19 listopada 2010 r. i tym samym powoływanie się na bezprzedmiotowość tej czynności w postępowaniu odwoławczym wszczętym odwołaniem z dnia 19 stycznia 2011 r. także ze względów formalnych – jest spóźnione i nie mogło Tym samym tak sformułowany zarzut nie mógł być rozpatrywany przez Izbę, co do jego meritum.

Sygn. akt: KIO 116/11

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu o sygn. akt KIO 116/11, Izba stwierdziła, że sporny warunek dotyczy pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu, w którym Zamawiający wymagał m.in. wykazania co najmniej jednej usługi w zakresie wykonania i wdrożenia systemu dotyczącego sektora ochrony zdrowia o charakterze centralnym lub regionalnym o wartości co najmniej 2 mln zł. Izba ustaliła także, że powołanym wyrokiem z dnia 2 listopada 2010 r., [KIO 2259/10 oraz KIO 2263/10], Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przedłożony przez Konsorcjum Global Services Sp. z o.o. i Kamsoft S.A. wykaz usług wykonanych na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia nie potwierdza jednoznacznie spełniania wymaganego warunku, co do wykonania i wdrożenia systemu informatycznego, albowiem zdaniem KIO treść referencji z NFZ wskazuje, że projekty dotyczyły „udzielenia licencji oraz

świadczenia usług konserwacji i subskrypcji”. W tym zakresie KIO uznała za niezbędne zażądanie od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący w wyniku wezwania do złożenia dokumentów/udzielenia wyjaśnień co do powołanego pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu przedstawił umowę nr 60/2009 o świadczenie usług subskrypcji oprogramowania systemu informatycznego wspomagania działalności Narodowego Funduszu Zdrowia. Powyższa umowa miała potwierdzać spełnianie wskazanego warunku dla ujętych w wykazie projektów pod nr 1 do 4 i z okresem realizacji styczeń 2004 – grudzień 2009, styczeń 2005 – grudzień 2009, oraz wrzesień 2004 – grudzień 2009 i styczeń 2009 – grudzień 2009.

Zdaniem Izby, podobnie jak stwierdził Zamawiający, przedłożona umowa nr 60/2009 nie potwierdza wskazanego warunku z pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu. Z treści tej umowy wynika pośrednio, że jej zawarcie może być następstwem realizacji umowy na wdrożenie systemu, jednakże wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że właśnie to Odwołujący wykonał i wdrożył system dotyczący sektora ochrony zdrowia o charakterze centralnym lub regionalnym o wartości co najmniej 2 mln zł w ramach wskazanych w Wykazie umów. Postanowienia tej umowy przytaczane przez Odwołującego niewątpliwie – w ocenie Izby - nie potwierdzają twierdzeń wykonawcy, że subskrypcję oprogramowania należy utożsamiać z pojęciem wykonania i wdrożenia oprogramowania. Z zakresu subskrypcji oprogramowania, ujętego w § 2 ust.6 umowy z pewnością nie można wywieść takiego twierdzenia. Ponadto Izba zwraca uwagę, że postanowienia tej umowy nie odwołują się do projektów ujętych w Wykazie. Izba zwraca także uwagę na opis przedmiotu zamówienia ujęty w § 2 ust.1 umowy zgodnie z którym jej przedmiotem nie jest wykonanie i wdrożenie systemu, ale usługa konsultacji i doradztwa w zakresie Oprogramowania, subskrypcja Oprogramowania i nadzór autorski Oprogramowania. Jeżeli nawet przyjąć hipotetyczne – nie poparte dowodami – twierdzenia wykonawcy, że w ramach tej umowy został wykonany i wdrożony co najmniej jeden system, to wykonawca nie wykazał z pewnością, że wartość takiego projektu stanowiła kwotę co najmniej 2 mln zł. Podkreślana przez wykonawcę 10-cio krotnie wyższa wartość zawartych umów niż wymagana dla jednego projektu nie może stanowić matematycznego dowodu na potwierdzenie realizacji jednego systemu o wartości co najmniej 2 mln zł.

W tym przypadku Izba mając na względzie przepis art. 190 ust.1 ustawy Pzp uznała, że Odwołujący nie przedstawił dowodów, na poparcie swoich twierdzeń, co do spełniania warunku z pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. W związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2011 r. Izba wydała wyrok łączny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba miała także na względzie § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 myśl którego - wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3.600 zł. Także zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a powołanego rozporządzenia za uzasadnione koszty Zamawiającego, Izba uznała koszty związane z dojazdem na rozprawę w kwocie 175,60 wynikające z przedłożonych biletów kolejowych, obciążając tymi kosztami każdego z odwołujących proporcjonalnie po 50 %.

.....