

Sygn. akt: KIO 2288/12

WYROK
z dnia 6 listopada 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2012 roku przez wykonawcę **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Szpital Specjalistyczny w Jaśle**

przy udziale **Wykonawcy – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w sposób i z uwzględnieniem konsekwencji opisanych w uzasadnieniu wyroku;**
2. **Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Szpital Specjalistyczny w Jaśle i**
 - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2 **zasądza od Zamawiającego Szpitala Specjalistycznego w Jaśle na rzecz wykonawcy Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krośnie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 19 października 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (dalej „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zakup sprzętu komputerowego - ucyfrowienie Zakładu Radiologii i Diagnostyki Obrazowej zakup licencji i wdrożenia w ramach projektu „Kompleksowa informatyzacja Szpitala Specjalistycznego w Jaśle jako element Podkarpackiego Systemu Informacji Medycznej – PSIM”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 156-260712 z dnia 16 sierpnia 2012 roku.

Odwołanie wniesiono od:

1. zaniechania wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania Odwołującego uwzględnionego w całości przez Zamawiającego (odwołanie z dnia 07.09.2012 r., sygnatura KIO 1909/12);
2. ukształtowania treści SIWZ w wyniku udzielenie wyjaśnień do treści SIWZ w sposób uzależniający złożenie oferty od warunków i decyzji innego podmiotu komercyjnego tj. wykonawcy Asseco Poland S.A. (dalej Asseco) oraz udzielenie wyjaśnień do treści SIWZ w sposób niepełny i nieprecyzyjny - co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Odwołującego;
2. naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie treści SIWZ w wyniku udzielonych wyjaśnień w sposób uzależniający złożenie oferty przez wykonawców od warunków i decyzji innego podmiotu komercyjnego, tj. Asseco, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równości wykonawców oraz poprzez ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny, utrudniający uczciwą konkurencję oraz nieokreślający wymogów równoważności.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania uwzględnionego przez Zamawiającego;

2. nakazanie Zamawiającemu usunięcia zasady ustanowionej w ramach udzielonych wyjaśnień do treści SIWZ (po uwzględnieniu odwołania Odwołującego), iż wiedzę o elementach składających się na opis przedmiotu zamówienia wykonawcy zmuszeni będą uzyskiwać nie z SIWZ, lecz na własną rękę od podmiotu konkurencyjnego (Asseco) - na jego warunkach cenowych, w oparciu o przygotowaną przez ten podmiot ofertę współpracy - zgodnie z uzasadnieniem odwołania;

3. nakazanie Zamawiającemu usunięcia zasady ustanowionej w ramach udzielonych wyjaśnień do treści SIWZ (po uwzględnieniu odwołania Odwołującego), regulującej sposób realizacji zamówienia na etapie jego wykonywania uzależniającej wykonanie zamówienia od warunków, w tym cenowych innego wykonawcy tj. Asseco - zgodnie z uzasadnieniem odwołania.

4. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ i dokonania opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, by:

a) wprowadził możliwość dopuszczenia wymiany systemu HIS w ramach rozwiązania równoważnego;

b) określił warunki rozwiązania równoważnego,

c) określił czas i terminy prac związanych z wymianą systemu, ponieważ integracja z systemem HIS rozpoczyna się już w momencie realizacji Pakietu 2.;

d) udostępnił dokumentację techniczną interfejsów jakie udostępnia system HIS na etapie składania ofert (przed termin ich złożenia), które to umożliwią integrację systemów Pakietu 2 i 3 przez wykonawców, którzy zdecydują się na integrację systemów, a nie wymianę systemu.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśnił, że w ramach niniejszego postępowania wniósł w dniu 7 września 2012 roku odwołanie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, które zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego, skutkiem czego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem sygn. KIO 1909/12 umorzyła postępowanie. Żądania Odwołania uwzględnionego były następujące - Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu:

i. uchylenia odpowiedzi na pytanie 80 (Wyjaśnienia 2);

ii. modyfikacji SIWZ poprzez dopuszczenie rozwiązania równoważnego i dostarczenia w ramach rozwiązania równoważnego innego rozwiązania równoważonego wraz z jego rozbudowa:

iii. wskazania warunków równoważności w zakresie rozbudowy systemu Infomedica;

iv. nakazanie Zamawiającemu udostępnienie informacji, żądanych w pytaniu 32 i 33 do SIWZ;

v. nakazanie udzielenia odpowiedzi na pytania do SIWZ (nr 18, 20 i 27);

- vi. udzielenie odpowiedzi na jakich zadach licencyjnych Zamawiający udostępni bazę danych systemu Asseco Poland S.A. do modyfikacji potencjalnemu Wykonawcy;
- vii. nakazanie udzielenia informacji o aktualnie wdrożonym systemie, który posiada Zamawiający;
- viii. zobowiązania, że Zamawiający będzie pośredniczył w rozmowach z firmami trzecimi dotyczących integracji z ich systemami oraz, że Zamawiający będzie w stanie sprostać roszczeniom finansowym firm trzecich dotyczących integracji systemów firm trzecich;
- ix. nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia wymiany systemu HIS zamiast rozszerzenia posiadanego systemu, na zgodny z posiadanymi i wymaganymi w specyfikacji (Druk nr 5 Opis Przedmiotu Zamówienia) funkcjonalnościami dla systemu HIS, określenie czasu i terminów prac związanych z wymianą systemu, ponieważ integracja z systemem HIS rozpoczyna się już w momencie realizacji Pakietu 2 oraz podanie listy funkcjonalności posiadanego systemu;
- x. nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienia i zajęcia jednoznacznego stanowiska dotyczącego sposobu integracji systemów;
- xi. nakazanie - w związku z nieudzieleniem jasnej odpowiedzi na pytanie 76 z dnia 2012.09.04 - potwierdzenia przez Zamawiającego, że udostępni wszystkie dane, które są przeznaczone do migracji, ponieważ to szpital jest w tym momencie właścicielem danych. Nieakceptowana jest sytuacja, w której Zamawiający jako właściciel danych przerzuca na Wykonawcę pokrycie kosztów oraz obowiązek pozyskania danych oraz od producenta aktualnie używanego systemu.

Zamawiający w wyniku uwzględnienia ww. odwołania Odwołującego dokonał pismem z dnia 10.10.2012 roku modyfikacji oraz wyjaśnień do treści SIWZ w bardzo ograniczonym zakresie. Po pierwsze w zakresie wyjaśnień Zamawiający zapisał jedynie:

W zakresie odpowiedzi na pytania od d 14 do 31:

„Dotyczy pakietu 2 i 3. Zamawiający wykreśla zapisy umów dotyczące wymogu autoryzacji firmy Asseco. Warunki integracji, w tym również odniesienie do zagadnień określonych w pytaniach nr 20 i 27 powyżej określono w wyjaśnieniach do pytania nr 32 i 33.

Zamawiający wyjaśnia ponadto, że wszelkie kwestie związane z wymianą istniejącego oprogramowania HIS, jego rozbudową, dopuszczenia rozwiązań równoważnych jak również określenia warunków tej równoważności stają się, wobec udzielonych w niniejszym piśmie wyjaśnień i dokonanych modyfikacji treści SIWZ, bezprzedmiotowe”.

Następnie w odpowiedzi na pytania 32 i 33 Zamawiający wyjaśnił m.in.

Odpowiedź 32 i 33: (...)

„Firma Asseco Poland S.A. zapewnia, iż każdy z podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne w ramach prowadzonego przez Szpital postępowania, którego przedmiotem jest zakup sprzętu komputerowego, ucyfrowienie Zakładu Radiologii i Diagnostyki Obrazowej,

zakup licencji i wdrożenia w ramach projektu „Kompleksowa informatyzacja Szpitala Specjalistycznego w Jaśle jako element Podkarpackie Systemu Informacji Medycznej - PSIM, który zwróci się do firmy Asseco Poland S.A. celem uzyskania szczegółowych warunków dotyczących oprogramowania interfejsu wymiany danych z systemem "HIS InfoMedica". niezbędnego do przeprowadzenia integracji, otrzyma stosowną ofertę współpracy określającą w szczególności warunki cenowe niezbędne do skalkulowania własnej oferty składanej Zamawiającemu.

Podmiotowi, który realizować będzie przedmiotowe zamówienie udostępniona zostanie również, wraz ze wskazanym wyżej oprogramowaniem, dokumentacja techniczna. Udostępnienie nastąpi na podstawie stosownej umowy o współpracy zawartej przez ten podmiot z firma Asseco Poland S.A., której przedmiot obejmował będzie na wykonanie interfejsu wymiany danych, na warunkach określonych wspomniana wyżej oferta otrzymana na etapie przygotowania własnej oferty przez podmiot ubiegający się o zamówienie”.

Nadto Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w pakiecie 1 Opis przedmiotu zamówienia Druk nr 5, pkt 4 oraz pkt 14, a także w Pakiecie 2 pkt 24, w formularzu cenowym przez wykreślenie określenia „pozycja 1” i „pozycja 2”, projekcie umowy w Pakiecie 2 przez wykreślenie pkt 4 w § 5 i wykreślenie punktu 4 i 5 w § 8. Ponadto zmienił terminy realizacji umowy - Pakiet 1 i 2 do 3 miesięcy od podpisania umowy, w Pakiecie 3 na: do 31.03.2013 r. Są to jedyne zapisy będące odpowiedzią na żądania zawarte w odwołaniu.

Z takim sposobem uwzględnienia żądań odwołania uwzględnionego Odwołujący nie może się zgodzić. Dokonane modyfikacje i wyjaśnienia nie tylko nie są zgodne z żądaniami odwołania, ale nadto wprowadzają dodatkowe zasady ubiegania się o zamówienie oraz jego realizacji, które wcześniej nie były obecne w SIWZ, a które uzależniają ubieganie się o zamówienie od warunków i decyzji innego wykonawcy.

Zarzut uzależnienia samego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców oraz jego realizacji od warunków i decyzji wykonawcy konkurencyjnego - Asseco.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w sposób niedopuszczalny uzależnił możliwość ubiegania się o zamówienie w trybie konkurencyjnym od decyzji i warunków innego podmiotu - konkurencyjnego w stosunku do innych wykonawców, tj. Asseco. Świadczą o tym udzielone wyjaśnienia oraz zapewnienie firmy Asseco załączone do wyjaśnień. Wynika z nich, iż wykonawcy by uzyskać informacje niezbędne do skalkulowania ceny oferty, dotyczące szczegółowych warunków oprogramowania interfejsu wymiany danych z systemem "HIS InfoMedica", które są niezbędne do przeprowadzenia integracji - nie otrzymują ich od Zamawiającego, w ramach SIWZ, lecz otrzymują od twórcy systemu InfoMedica „stosowną ofertę współpracy, określającą w szczególności warunki cenowe niezbędne do skalkulowania własnej oferty składanej Zamawiającemu”. Powyższe wprost

uzależnia możliwość samego ubiegania się o zamówienie od warunków, w tym finansowych, dyktowanych przez inny podmiot. Firma Asseco otrzymała w ten sposób od Zamawiającego klucz pozwalający na dowolne i swobodne wpływanie na krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie.

Wyłącznie bowiem od decyzji Asseco zależeć będzie na jakich warunkach niezbędne informacje udostępni. Jest przecież możliwe, że warunki finansowe będą zaporowe dla wykonawców albo będą istotnym kosztem samego dostępu do wiedzy o przedmiocie zamówienia. Tymczasem dostęp do wiedzy o przedmiocie zamówienia, do szczegółów jego realizacji oraz zakresu czynności koniecznych do jego wykonania nie może być odpłatny i nie może pochodzić od innego podmiotu niż Zamawiający. Wiedza o przedmiocie zamówienia objętego postępowaniem nie może być uzyskiwana przez wykonawców na własną rękę od innego podmiotu na rynku. Za opis przedmiotu zamówienia, który musi być zupełny, tj. musi określać wszystkie niezbędne warunki realizacji zamówienia odpowiada bowiem wyłącznie Zamawiający.

Zwrócono nadto uwagę na enigmatyczność zapewnienia Asseco oraz na fakt, iż nie zawiera ono żadnych konkretów oprócz owej oferty współpracy, która określi „w szczególności” warunki finansowe. Jakie będą inne warunki - pozostaje niejasne. Tymczasem trzeba mieć na względzie fakt, iż mowa tutaj o ubieganiu się o zamówienie w postępowaniu, które jest w toku i ma określone terminy, w tym termin składania ofert. Nie ma żadnej gwarancji, że wykonawca uzyskaliby dane na czas i że byłby to rzeczywiście dane wystarczające. W obecnie obowiązującej po wskazanych wyjaśnieniach wersji SIWZ określonej przez Zamawiającego wykonawcy, by móc złożyć ofertę muszą prosić o dane i informacje w zakresie przedmiotu zamówienia swego konkurenta (!), który nie dość że sam ustali warunki, w tym finansowe, to jeszcze nie jest jasne jakie to będą inne warunki.

Nade wszystko koronnym argumentem przeciwko zgodności przyjętego rozwiązania z ustawą Pzp jest fakt, iż Zamawiający nie może wyręczać się ani cedować jego ustawowych obowiązków (polegających na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia) na wykonawcę. To Zamawiający ma obowiązek zapewnienia równych warunków ubiegania się o zamówienie, w tym udostępnienia opisu przedmiotu zamówienia (zupełnego) darmo, w tym samym czasie i na równych warunkach wszystkim wykonawcom. Obowiązek taki nie dotyczy oczywiście Asseco. Oddając w ręce Asseco decyzje i warunki udostępnienia elementów opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający narusza ewidentnie art. 29 ust 2 ustawy Pzp. Żaden wykonawca nie może mieć prawa wpływania na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie. Stanowi to o zaprzeczeniu istoty i kardynalnych zasad ustawy, stojących na straży konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Powyższe jednoznacznie potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 19 czerwca 2012 roku, sygn. akt XII Ga 183/12, w którym decydującym motywem wyroku było wskazanie, iż nie jest

dopuszczalne, by firma trzecia wpływała na krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o zamówienie.

Zamawiający nie tylko oddał w ręce Asseco możliwość wpływu na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie. Taki sam wpływ zagwarantował Asseco już na etapie realizacji zamówienia przez wybranego wykonawcę. Asseco enigmatycznie zobowiązuje się do tego, że wybranemu wykonawcy udostępniona zostanie również, wraz ze wskazanym wyżej oprogramowaniem, dokumentacja techniczna. Udostępnienie nastąpi na podstawie stosownej umowy o współpracy zawartej przez ten podmiot z firmą Asseco Poland S.A., której przedmiot obejmował będzie na wykonanie interfejsu wymiany danych, na warunkach określonych wspomnianą wyżej ofertą otrzymaną na etapie przygotowania własnej oferty przez podmiot ubiegający się o zamówienie". Z przyczyn podanych powyżej taki wpływ na etap realizacji nie jest dopuszczalny.

Dlatego Odwołujący wniósł o nakazanie usunięcia w całości wprowadzonej przez Zamawiającego zasady i warunków uzyskania wiedzy o opisie przedmiotu zamówienia od Asseco Poland S.A. oraz zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia pełnego opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniami odwołania.

W zakresie zarzutu niewykonania czynności zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania wskazano, że żadne z żądań uwzględnionego odwołania nie zostało przez Zamawiającego uwzględnione.

Odnosząc się do pisma Asseco dołączonego do pisma Zamawiającego pn. „Powtórzenie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, w zakresie integracji systemu InfoMedica z systemami zewnętrznymi wskazano, że w piśmie tym firma Asseco Poland odniosła się jedynie do sposobu integracji z zewnętrznymi systemami klasy RIS, czyli z Pakietem 2 postępowania. Nie jest to wystarczająca odpowiedź, ponieważ:

Integracja systemu InfoMedica dotyczy zarówno systemów dostarczanych w Pakiecie 2 jaki i w Pakiecie 3. Świadczą o tym zapisy w załączniku doSIWZ „Druk nr 5 Opis Przedmiotu Zamówienia” dla Pakietu 3 - Zakup licencji i wdrożenia, tabela „Wycena kosztów leczenia - Kalkulacja indywidualnych kosztów leczenia pacjenta”, pkt 2,3,4.

Ponadto w tabeli „Dokumentacja medyczna - Akwizycja danych do systemu oraz generowanie dokumentów i raportów z danych gromadzonych w informatycznym systemie szpitalnym” Zamawiający wymaga, aby moduł działał w oparciu o jeden motor bazy danych szpitalnego systemu informatycznego Zamawiającego.

W załączniku „Druk nr 5” wiele wymagań, oznaczonych jest symbolem „*”, co w przypisie Zamawiającego oznacza:

„* - jeżeli gdziekolwiek w treści specyfikacji wymienione są moduły oprogramowania aplikacyjnego o nazwie: moduł Finansowo-Księgowy, moduł Koszty, moduł Rejestr Sprzedaży, moduł Kasa, moduł Wycena, Kosztów Normatywnych Świadczeń (lub Wycena

Procedur Medycznych), moduł Gospodarka Materiałowa, moduł Środki Trwałe, moduł Kadry, moduł Płace, moduł Ruch Chorych, moduł Apteka, moduł Apteczka Oddziałowa, moduł Laboratorium, Pracownia Diagnostyczna miniInfoMedica dotyczy to posiadanych przez Zamawiającego modułów systemu InfoMedica firmy Asseco Poland S.A."

W przypadku wymagań takich jak w wymienionych tabelach wykonawca uważa, że firma Asseco Poland S.A. nie podała pełnych informacji dotyczących warunków integracji z systemami zewnętrznymi, a z przypisów wynika, że np. „Wycena kosztów leczenia” musi automatycznie pobierać dane o pacjencie z takich aplikacji jak Ruch Chorych*, Poradnie Specjalistyczne, Apteczka Oddziałowa*, które posiada Zamawiający.

W swym piśmie Asseco Poland S.A. zapewniło Wykonawców o otrzymaniu stosownej oferty współpracy, jednakże zdaniem wykonawcy firma Asseco Poland S.A. nie określiła szczegółowo warunków współpracy. Nie wiadomo również, czy ubiegający się o wymienione warunki wykonawcy dostaną takie same warunki współpracy, „w szczególności warunki cenowe”. Zdaniem wykonawcy warunki cenowe firmy Asseco Poland S.A. mogą wpłynąć na poziom cen złożonych ofert przez wykonawców, którzy pozyskaliby ofertę współpracy, „w szczególności warunki cenowe”.

Mając na uwadze powyżej przytoczone zapisy, żądanie o dopuszczeniu wymiany systemu i określenie warunków równoważności w odwołaniu z dnia 07.09.2012 roku było zasadne, a Zamawiający w piśmie „Wyjaśnienia treści siwz po odwołaniu” z dnia 10 października 2012 roku uznał, że było bezprzedmiotowe.

Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 8.10.2012 roku (sygn. akt KIO 2053/12) w którym w podobnej sytuacji faktycznej Izba wskazała jednoznacznie, iż „Nieuprawnione jest także działanie Zamawiającego, w którym przerzucił On na wykonawcę obowiązek uzyskania

i powzięcia takich informacji na etapie wykonywania zamówienia. Tymczasem zauważyć należy, że są to często informacje niezbędne do prawidłowego wycenienia i przygotowania oferty na wykonanie systemu, których uzyskanie warunkuje ocenę kształtu i rozmiarów systemu, którego wykonania należy podjąć się w ramach zamówienia i w oparciu o takie informacje należy skalkulować koszt takiego wdrożenia. Przy braku informacji co do okoliczności wpływających na zakres i koszty prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie można mówić o ich rzeczowej wycenie”. W wyroku tym wskazano wprost, iż: „Wszelkie niezbędne informacje umożliwiające oszacowanie kosztu wykonania zamówienia powinien dostarczyć Zamawiający, ponieważ to On jest podmiotem odpowiadającym za opis przedmiotu zamówienia. Przerzucanie tego obowiązku na wykonawcę rodzić może duże trudności z uwagi na specyfikę rynku zamówień informatycznych i dużą konkurencję wśród firm z tej branży. Motywy zawarte w ww. wyroku mają wprost zastosowanie w niniejszej sprawie.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Czynności Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają Odwołującego złożenie oferty. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, Odwołujący mógłby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp - wyjaśnienie treści SIWZ wraz z modyfikacją nastąpiło pismem 10.10.2012 roku.

Wpis od odwołania został uiszczony w prawidłowej wysokości na wskazany rachunek UZP.

W dniu 25 października 2012 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego, ponieważ działania Zamawiającego w postępowaniu są właściwe i zgodne z przepisami. Ponadto część zarzutów wymierzonych jest przeciwko Przystępującemu i ma na celu wykluczenie go z możliwości ubiegania się o zamówienie i bezpodstawnie przypisywanie mu możliwości wpływania na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie.

Na posiedzeniu, przed KIO Odwołujący cofnął zarzut naruszenia art. 29 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, Odwołujący mógłby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie ustalonego w postępowaniu stanu faktycznego opisanego przez Odwołującego w odwołaniu, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty zawarte w odwołaniu zasługiwały na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08).

To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i niewątpliwie posiada uprawnienia pozwalające mu określić przedmiot zamówienia stosownie do jego potrzeb. Ograniczenie tego uprawnienia wyznacza jednak art. 29 ust. 2 zakazujący opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zasada opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

Dostrzeżenia dalej wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczane w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem, czy też uzyskaniem niezbędnych informacji, które pomogą i ułatwią wykonawcy złożenie prawidłowej oferty odpowiadającej wszystkim zapisom SIWZ. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz

ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć.

Dalej wskazać należy, że art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 roku, sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2010 roku, sygn. akt KIO 1798/10).

W ocenie składu orzekającego Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w uprzednio wniesionym odwołaniu przez Odwołującego. Dostrzeżenia wymaga, że stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba przy rozpoznawaniu odwołania związana jest wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniem odwołania. Jednakże zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający uwzględniając zarzuty odwołania, wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Skoro zatem Zamawiający uwzględnił zarzuty wniesionego odwołania całości to zobowiązany jest do wykonania czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp (za postanowieniem krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO 2779/10).

Wskazać również należy, iż zarzuty odwołania odnoszą się do określonego działania lub zaniechania Zamawiającego, a ich sformułowanie wymaga wskazania odpowiednich okoliczności faktycznych i prawnych. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp uzasadnienie zarzutu powinno zawierać także uzasadnienie faktyczne. Skorelowane z zarzutami są żądania, które są reasumpcją podniesionych zarzutów. Obowiązek wykonania żądań musi być postrzegany przez pryzmat podniesionych zarzutów. Nieuprawnione są zatem twierdzenia Zamawiającego, że żądania uwzględnionego odwołania zawarte były jedynie w trzech punktach petitum odwołania i określone w sposób bardzo ogólnikowy oraz nie dotyczyły opisu przedmiotu zamówienia, a odnosiły się do udzielonych wyjaśnień do SIWZ. Zamawiający decydując się na uwzględnienie odwołania w całości winien był uwzględnić

wszystkie żądania, zarówno te sformułowane ogólnie w petitum, a także rozwinięcie tych żądań, które zostało dokonane w uzasadnieniu odwołania przez wskazanie konkretnych punktów SIWZ i pytań, na które Zamawiający nie udzielił odpowiedzi. Zamawiający nie mógł odpowiedzieć na pytania w sposób dowolny, zobowiązany był bowiem do udzielenia konkretnych informacji, których wymagał wykonawca wnoszący odwołanie zgodnie z ustanowionymi żądaniem. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego odwołanie zawierało również zarzut naruszenia art. 29 ustawy Pzp i konkretne żądania związane z opisem przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast w ramach niniejszego zamówienia, Zamawiający, w wielu aspektach nie podał informacji, które winny składać się na opis przedmiotu zamówienia, w tym przede wszystkim informacji odnoszących się do istniejących i możliwych sposobów integracji systemu „HIS InfoMedica” z zewnętrznymi systemami klasy RIS. Sytuacji tej nie zmieniło uwzględnienie odwołania i udzielenie nowych odpowiedzi na uprzednio zadane pytania, ponieważ w większości Zamawiający odesłał do informacji uzyskanych od podmiotu trzeciego, mianowicie zobowiązania Przystępującego Asseco. Nieuprawnione jest działanie Zamawiającego, w którym przerzuca On na wykonawcę obowiązek uzyskania i powzięcia takich informacji i to na dodatek od innego wykonawcy. Tymczasem zauważyć należy, że są to często informacje niezbędne do prawidłowego wycenienia i przygotowania oferty na wykonanie systemu, których uzyskanie warunkuje ocenę kształtu i rozmiarów systemu, którego wykonania należy podjąć się w ramach zamówienia i w oparciu o takie informacji należy skalkulować koszt takiego wdrożenia. Przy braku informacji co do okoliczności wpływających na zakres i koszty prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie można mówić o ich rzeczowej wycenie. Zapewnienie firmy zewnętrznej, że każdy z wykonawców, którzy będą chcieli wziąć udział w postępowaniu, otrzyma stosowną ofertę współpracy, określającą warunki cenowe niezbędne do skalkulowania własnej oferty, nie można uznać za prawidłowy opis przedmiotu zamówienia w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, czyniący zadość zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Również otrzymanie dokumentacji technicznej na etapie wykonywania umowy uzależniono od decyzji podmiotu zewnętrznego, który zamierza powyższe realizować na podstawie umowy o współpracę. Ustalenie takich zasad powoduje, iż możliwa jest sytuacja, w której to podmiot trzeci ustalał będzie krąg wykonawców, którzy będą mogli złożyć ofertę odpowiednio różnie kształtując warunki współpracy dla poszczególnych wykonawców. Ponadto rodzi to ogromną możliwość wpływania podmiotu trzeciego na cenę

poszczególnych ofert przez określenie różnych warunków cenowych współpracy dla różnych wykonawców. W skrajnym przypadku może zdarzyć się tak, że zainteresowany wykonawca nie otrzyma niezbędnych informacji w czasie umożliwiającym mu rzetelne i prawidłowe sporządzenie oferty lub otrzymane warunki współpracy uniemożliwią mu złożenie konkurencyjnej cenowo oferty. Powyższe uznać należy za niedopuszczalne, ponieważ za opis przedmiotu zamówienia, który określać powinien wszystkie niezbędne warunki realizacji zamówienia odpowiada bowiem wyłącznie Zamawiający. Z odpowiedzialności tej nie może się Zamawiający zwolnić odsyłając wykonawców zainteresowanych postępowaniem do podmiotu trzeciego, twórcy systemów, które u Zamawiającego funkcjonują i jednocześnie także podmiotu zainteresowanego wygraniem postępowania.

Z tych powodów nakazano usunięcie zasady wynikającej z udzielonych wyjaśnień do treści SIWZ, iż wiedzę o elementach składających się na opis przedmiotu zamówienia wykonawcy zmuszeni będą uzyskiwać nie z SIWZ, lecz na własną rękę od podmiotu konkurencyjnego (Asseco) - na jego warunkach cenowych, w oparciu o przygotowaną przez ten podmiot ofertę współpracy. Nakazano również usunięcie zasady ustanowionej w ramach udzielonych wyjaśnień do treści SIWZ, regulującej sposób realizacji zamówienia na etapie jego wykonywania uzależniającej wykonanie zamówienia od warunków, w tym cenowych innego wykonawcy tj. Asseco. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia wszystkim wykonawcom równego dostępu do informacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymaga fakt, iż w ocenie Izby ukształtowanie odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców nie rozwiało wątpliwości, w tym przede wszystkim, odnośnie dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Zamawiający w dalszym ciągu nie określił wprost, czy rozwiązania równoważne dopuszcza, nie określił również ewentualnych warunków równoważności. Przedstawienie oferty współpracy z podmiotem trzecim w zakresie oprogramowania interfejsu wymiany danych z systemem funkcjonującym u Zamawiającego nie oznacza, iż niemożliwe jest zaproponowanie rozwiązania równoważnego, jednak z uwagi na nieokreślenie zasad równoważności produktu, złożenie oferty z produktem równoważnym jest w obecnym kształcie SIWZ niemożliwe. Zamawiający wymijająco odpowiedział na pytania zadane przez Odwołującego, stwierdzając, że z uwagi na pismo Asseco kwestie te stały się bezprzedmiotowe. Tymczasem być może istnieje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia nie tylko przez integrację z funkcjonującymi systemami, ale także wykonanie zamówienia przez zaproponowanie produktu równoważnego.

W związku z powyższym zasadne stało się nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia informacji składających się na opis przedmiotu zamówienia o informacje wynikające z pytań zadanych przez Odwołującego i wymienionych w uprzednio wniesionym odwołaniu oraz jednoznaczne wskazanie czy istnieje możliwość wymiany systemu HIS w ramach rozwiązania równoważnego; w przypadku odpowiedzi pozytywnej należy określić warunki rozwiązania równoważnego. Ponadto w przypadku dopuszczenia rozwiązań równoważnych, Zamawiający zobowiązany został do określenia czasu i terminów prac związanych z wymianą systemu, ponieważ integracja z systemem HIS rozpoczyna się już w momencie realizacji Pakietu 2. Nakazano również aby Zamawiający udostępnił wszelką posiadaną dokumentację techniczną interfejsów jakie udostępnia system HIS na etapie składania ofert (przed termin ich złożenia), które to umożliwią integrację systemów Pakietu 2 i 3 przez wykonawców, którzy zdecydują się na integrację systemów, a nie wymianę systemu.

Wszelkie niezbędne informacje umożliwiające oszacowanie kosztu wykonania zamówienia powinien dostarczyć Zamawiający, ponieważ to On jest podmiotem odpowiadającym za opis przedmiotu zamówienia. Przerzucanie tego obowiązku na wykonawcę rodzić może duże trudności z uwagi na specyfikę rynku zamówień informatycznych i dużą konkurencję wśród firm z tej branży. Dlatego też nakazano wprowadzenie do SIWZ zasad określających w jaki sposób Zamawiający udzieli niezbędnej pomocy wykonawcy (w możliwym zakresie i na własny koszt) w celu uzyskania wszelkich niezbędnych informacji, które okażą się konieczne do wykonania integracji w takim zakresie, w jakim jest to wymagane niniejszym zamówieniem do wykonania zamówienia lub też wprowadzenia zobowiązania, że Zamawiający uczestniczył będzie w rozmowach z podmiotem trzecim. Skutek o jaki wnioskował Odwołujący uzasadniając konieczność posiadania tych informacji, nie został osiągnięty przez zamieszczenie zobowiązania wykonawcy Asseco, choćby z tego powodu, iż koszty w takim przypadku zobowiązani będą ponieść wykonawcy.

W wyniku naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, potwierdzenie znalazł również zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób, który umożliwia wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie powoduje tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówienia na konkurencję.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął

na stanowisku, że Odwołujący udowodnił tezy zaprezentowane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego miały lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący: