

Sygn. akt: KIO 527/14

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 marca 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2014 r. przez **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20 – 149 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. Ludwika Zamenhofa w Białymstoku, ul. J. Waszyngtona 17, 15 – 274 Białystok**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w sposób wskazany w uzasadnieniu z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. Ludwika Zamenhofa w Białymstoku, ul. J. Waszyngtona 17, 15 – 274 Białystok i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20 – 149 Lublin tytułem wpisu od odwołania;**

- 2.2. zasądza od **Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. Ludwika Zamenhofs w Białymstoku, ul. J. Waszyngtona 17, 15 – 274 Białystok** na rzecz **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20 – 149 Lublin** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset 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 (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Wdrożenie nowoczesnego systemu e-zdrowie do obsługi pacjenta w UDSK przy wykorzystaniu innowacyjnych technologii informacyjno - komunikacyjnych*”), zostało wszczęte przez Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. Ludwika Zamenhafa w Białymstoku, ul. J. Waszyngtona 17, 15-274 Białystok zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 033-053273 z dnia 15.02.2014 r.

W dniu 07.03.2014 r. (faxem) Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*” w wyniku uwzględnienia odwołania o sygn. akt: KIO 375/14 w całości - informując o powyższym CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin zwaną dalej: „*CompuGroup Medical Polska Spółka z o. o. w Lublinie*” albo „*Odwołującym*” oraz umieszczając stosowne pismo w tym zakresie na swojej stronie internetowej w tym samym dniu.

W dniu 17.03.2014 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło na podstawie art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” odwołanie: CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., na w/w czynność. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 17.03.2014 r. (faxem). Zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1-2 Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp poprzez wprowadzenie obowiązku dostarczenia funkcjonalności łączenia się z hurtowniami - Centrala Farmaceutyczna CEFARM S.A., FARMACOL S.A., Intra Sp. z o.o., NEUCA S.A., PGF Urtica Sp. z o.o., Sanofi-Avensis Sp. z o.o., Asclépios S.A., Bialmed Sp. z o.o. - za pomocą internetu w celu sporządzenia elektronicznego zamówienia, elektronicznej faktury z importem do systemu, sprawdzania cen i sprawdzania dostępności towaru (poz. 12.2.9 tabeli z Zał. nr 1 do SIWZ), w sytuacji gdy:

a) zmiana opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanej funkcjonalności nastąpiła niezgodnie z treścią żądania Odwołującego zawartego w odwołaniu wniesionym w sprawie

sygn. akt: KIO 375/14, w którym Odwołujący domagał się nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 12.2.9 w całości, do którego to żądania Zamawiający miał obowiązek zastosować się bez wprowadzania dalszych modyfikacji (naruszenie art. 186 ust. 2 Pzp);

b) żądana funkcjonalność jest charakterystyczna dla produktów KAMSOF S.A., a konkretnie portalu KS-EWD, z którego korzystają wszystkie wymienione przez Zamawiającego hurtownie farmaceutyczne, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, a wprowadzona przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ w istocie pogłębia powiązanie tej funkcjonalności z produktem KAMSOF S.A.;

c) dostarczenie żądanej funkcjonalności wymaga zgody i współpracy ze strony wymienionych przez Zamawiającego hurtowni lub podmiotu konkurencyjnego jakim jest KAMSOF S.A., której to współpracy i zgody Zamawiający nie zapewnia, umożliwiając hurtowniom współpracującym z KAMSOF S.A. oraz samej KAMSOF S.A. dowolne eliminowanie wykonawców z udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców;

d) Zamawiający nie zamieszcza w SIWZ informacji koniecznych do wykonania żądanej funkcjonalności, w tym także informacji niezbędnych do oceny jej technicznej wykonalności oraz rzetelnej wyceny kosztów jej wykonania, co dotyczy:

- braku wskazania nazwy oprogramowania wykorzystywanego przez każdą z hurtowni, z którym ma komunikować się dostarczany system przy realizacji żądanej funkcjonalności
- brak zamieszczenia szczegółowego opisu protokołu oraz interfejsów wymiany danych stosowanych w oprogramowaniu wykorzystywanym przez każdą z hurtowni, w tym w szczególności opisu struktury komunikatów wysyłanych i odbieranych przez to oprogramowanie. Mając na uwadze podniesione zarzuty wnosił o:

- nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian treści SIWZ polegającej na wykreśleniu poz. 12.2.9 tabeli z Zał. nr 1 do SIWZ w całości. Nadto wnosił o przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania tj. wydruku stron internetowych:

- http://www.kamssoft.pl/prod/ewd/rista_hurtowni.htm
- <https://www.ks-ewd.pl/Default.aspx> (zakładka „Witamy”)
- <https://www.ks-ewd.pl/Article.aspx?nwww=25> („Portal KS-EWD dla dostawców”)

na okoliczność właściwości systemu KS-EWD i potwierdzenia, iż żądana przez Zamawiającego funkcjonalność komunikacji z hurtowniami farmaceutycznymi jest tożsama z funkcjonalnością systemu KS-EWD. W poz. 12.2.9 tabeli zawartej w Zał. nr 1 do SIWZ (w jej pierwotnym brzmieniu) Zamawiający wprowadził następujące wymaganie: „*Możliwość elektronicznego łączenia się z wybranymi hurtowniami za pomocą internetu w celu sprawdzenia cen i dostępności towaru.*”

CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. w odwołaniu zarejestrowanym pod sygn. akt

KIO 375/14 podniosła zarzut skierowany przeciwko powyższemu fragmentowi SIWZ formułując wyraźne i jednoznaczne żądanie wykreślenia powyższego postanowienia w całości. Uzasadniając swój wniosek Odwołujący podniósł, że kwestionowana funkcjonalność jest charakterystyczna dla produktów KAMSOF T S.A., co stanowiło o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, iż Zamawiający jako podmiot publiczny musi dokonywać zakupów w trybie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tym samym badanie dostępności oraz cen leków w hurtowniach nie jest funkcjonalnością mogącą mieć realne zastosowanie u Zamawiającego. Ponadto stawiany warunek wymaga współpracy ze strony hurtowni leków, które muszą udostępnić swoje systemy dla celów uruchomienia żądanej funkcjonalności. Odwołujący nie ma realnej możliwości „zmuszenia” hurtowni do podjęcia tego typu działań. Prowadzi to powstania przewagi konkurencyjnej po stronie KAMSOF T S.A., który w ramach prowadzonej działalności rozwija oprogramowanie apteczne. Zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający w piśmie przesłanym Odwołującemu w dniu 07.03.2014 r. oświadczył w sposób jednoznaczny, iż uwzględnił odwołanie w całości. Biorąc pod uwagę treść żądania odwołania Zamawiający zobligowany był więc wykreślić zaskarżone postanowienie. Zaniechanie wykonania tej czynności stanowi więc bezpośrednie naruszenie art. 186 ust. 2 Pzp.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, iż uwzględnienie odwołania (czy też zarzutów odwołania) pozwala stwierdzić, iż Zamawiający uznaje jego zarzuty za uzasadnione. Co za tym idzie należy przyjąć, że Zamawiający przyznał, że żądana funkcjonalność jest funkcjonalnością charakterystyczną dla produktów KAMSOF T S.A. Tym bardziej więc musi dziwić zachowanie Zamawiającego, który nie tylko, że nie wykreślił zaskarżonego postanowienia, ale zmodyfikował je w sposób, który w jeszcze większym stopniu świadczy o preferowaniu przez Zamawiającego produktu KAMSOF T S.A. Zamawiający w nowym brzmieniu SIWZ wymaga dostarczenia modułu aptecznego z funkcjonalnością „*łączenia się z hurtowniami - Centrala Farmaceutyczna CEFARM S.A., FARMACOL S.A., Intra Sp. z o.o., NEUCA S.A., PGF Urtica Sp. z o.o., Sanofi-Avensis Sp. z o.o., Asclepios S.A., Bialmed Sp. z o.o. - za pomocą internetu w celu sporządzenia elektronicznego zamówienia, elektronicznej faktury z importem do systemu, sprawdzania cen i sprawdzania dostępności towaru*”. Widocznym jest więc, że w porównaniu z poprzednim brzmieniem SIWZ

Zamawiający wskazał nazwy konkretnych hurtowni farmaceutycznych oraz rozszerzył przeznaczenie żądanej komunikacji. Oczywistym jest, iż omawiana zmiana nie wpływa na istotę pierwotnego wymagania, jednakże pozwala w sposób nie budzący wątpliwości zidentyfikować produkt KAMSOF T S.A., który opisał Zamawiający w treści SIWZ. Odwołujący wskazuje, że KAMSOF T S.A. oferuje internetowy portal - system komunikacyjny KS-EWD dostępny pod adresem: <https://www.ks-ewd.pl/Default.aspx>. Zgodnie z informacjami dostępnymi na wskazanej wyżej stronie internetowej: *„Portal KS-EWD to nowoczesne narzędzie, służące do elektronicznej komunikacji pomiędzy partnerami biznesowymi. W ramach portalu oferujemy szereg rozwiązań informatycznych, które usprawniają proces komunikacji pomiędzy hurtownią farmaceutyczną a apteką. Proponujemy zastąpienie tradycyjnych form komunikacji takich jak telefon, metodami, które na dzień dzisiejszy stają się standardem - a więc komunikacją elektroniczną”* (jako dowód załączył: wydruk strony internetowej <https://www.ks-ewd.pl/Default.aspx> - zakładka: „Witamy”). Nadto stwierdził, że producent portalu wprost oświadcza, iż korzystanie z usług KS-EWD wymaga zastosowania oprogramowania KAMSOF T S.A., co potwierdza treść strony internetowej <https://www.ks-ewd.pl/Article.aspx?nwww=25>: *„Portal KS-EWD jest nowoczesnym systemem pozwalającym komunikować się w zakresie elektronicznej wymiany danych. System ten jako kanał komunikacyjnego wykorzystuje znaną i cenioną przez apteki technologię KS-EWD. Istotą działania każdego systemu informatycznego jest to, że komunikacja jest możliwa tylko wtedy, jeśli po obu stronach łańcucha komunikacyjnego pracuje ten sam system. W naszym przypadku po stronie hurtowni pracuje Portal KS-EWD a PO stronie apteki moduł KS-EWD, który jest jednym z wielu modułów, z jakich zbudowany jest system KS-APTEKA.”*

Treść strony internetowej wskazuje też dobitnie, iż KS-EWD realizuje wszystkie funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego (złożenie zamówienia, sprawdzenie dostępności towaru itp.). Z dalszych informacji udostępnianych przez KAMSOF T S.A. wynika jednoznacznie, że użytkownikami portalu KS-EWD są niemal wszystkie hurtownie farmaceutyczne wymienione przez Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego twierdzenia Odwołujący przedkłada wydruk strony internetowej: http://www.kamssoft.pl/prod/ewd/lista_hurtowni.htm, na której umieszczono listę hurtowni wspierających komunikację KS-EWD:

- a) Centrala Farmaceutyczna CEFARM S.A. - poz. 57 tabeli
- b) FARMACOL S.A. - poz. 7 tabeli (wykaz obejmuje więcej hurtowni z grupy FARMACOL)
- c) Intra Sp. z o.o. - poz. 70 tabeli
- d) NEUCA S.A. - poz. 28 tabeli (wykaz obejmuje więcej hurtowni z grupy NEUCA)
- e) PGF Urtica Sp. z o.o. - poz. 49 tabeli (wykaz obejmuje więcej hurtowni grupy PGF)
- f) Sanofi-Avensis Sp. z o.o. - poz. 88 tabeli

Powyższe dowody w sposób jednoznaczny wskazują, iż wymagana przez Zamawiającego funkcjonalność jest odwzorowaniem funkcjonalności portalu KS-EWD. Taki

zaś opis przedmiotu zamówienia wskazuje jednoznacznie na istnienie po stronie Zamawiającego preferencji dotyczącej produktu KAMSOF T S.A. Oczywistym jest zatem, że opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Przy dokonywaniu tej oceny należy mieć na względzie fakt, iż KAMSOF T S.A. jest wiodącym producentem oprogramowania przeznaczonego dla aptek i zajmuje dominującą pozycję w tym sektorze rynku. Jednocześnie przypomnieć należy, że moduł apteczny jest tylko jednym z elementów niniejszego postępowania. Rola tego modułu w całości systemu obsługującego procesy lecznicze szpitala, w żaden sposób nie może uzasadniać rażącego naruszenia konkurencyjności postępowania. Zwrócił uwagę, iż opis przedmiotu zamówienia narusza powołane wyżej przepisy także i z tego względu, iż realizacja żądanej przez Zamawiającego funkcjonalności wymaga współpracy podmiotu trzeciego jakim jest hurtownia farmaceutyczna. Każda z hurtowni musi przecież wyrazić zgodę na udostępnienie informacji gromadzonych we własnych systemach informatycznych, względnie na umożliwienie komunikowania się z tymi systemami (zakładając, że funkcjonalność będzie realizowana w sposób analogiczny jak w portalu KS-EWD). Żadna z hurtowni nie ma żadnego obowiązku udzielać takiej zgody Odwołującemu. Podmioty trzecie jakimi są hurtownie, uzyskują więc uprawnienie do dowolnej eliminacji wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie. Jak zaś wykazano - większość hurtowni wskazanych przez Zamawiającego, współpracuje z KAMSOF T S.A. co rodzi uzasadnione podejrzenie, że będą one preferowały tego wykonawcę. Zamawiający nie uczynił nic, aby zapewnić współpracę hurtowni z wyłonionym wykonawcą, co stanowi dodatkowy argument wskazujący na naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wskazał nadto, że portal KS-EWD skierowany jest do przedsiębiorców zajmujących się obrotem farmaceutykami. Zamawiający - jakkolwiek jest odbiorcą leków i preparatów leczniczych, nie jest podmiotem, który zajmuje się komercyjnym obrotem lekami. Jako podmiot sektora finansów publicznych zasadniczą część leków Zamawiający zobowiązany jest nabywać w trybie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Analiza zamówień udzielanych przez Zamawiającego wskazuje, że wyłonił on dostawców leków, których wiążą ceny oraz warunki dostawy, określone w ofercie przetargowej. Ze stosowanych przez Zamawiającego wzorów umów wynika, że zawierane kontrakty umożliwiają modyfikację ceny poprzez jej obniżenie, co jednak wymaga sporządzenia aneksu do umowy. Stąd też weryfikacja cen, czy dostępności leków nie jest konieczna do zaspokojenia potrzeb Zamawiającego, co dodatkowo wskazuje na dyskryminacyjny charakter kwestionowanego wymogu.

W końcowej części odwołania Odwołujący podniósł również, że opis przedmiotu zamówienia narusza przepis art. 29 ust. 1 Pzp z uwagi na jego niekompletność. Jak już wskazywano Zamawiający nie zapewnia współpracy ze strony wymienionych przez niego

hurtowni, ale także nie udostępnia żadnych informacji na temat oprogramowania stosowanego przez każdą z hurtowni. Należy przyjąć, że w większości wypadków chodzi o oprogramowanie KAMSOF (KS-APTEKA, KS-EWD). W przypadku dwóch hurtowni (Asclepios oraz Bialmed) nie ma jednak żadnych informacji w tym zakresie. Przywołał wyrok KIO z dnia 02.04.2012 r., sygn. akt: KIO 550/12. Opis przedmiotu zamówienia nie zawiera żadnych informacji technicznych koniecznych do zrealizowania kwestionowanej funkcjonalności, co uniemożliwia ocenę technicznej wykonalności oraz dokonanie oceny kosztochłonności prac. Zamawiający nie udostępnia precyzyjnych danych na temat nie podaje więc informacji na temat protokołów i interfejsów wymiany danych stosowanych w oprogramowaniu używanym przez hurtownię. Wykonawca nie ma więc dostępu do danych koniecznych do ustalenia zasad komunikacji pomiędzy tym oprogramowaniem a dostarczanym systemem (który to brak nie dotyczy KAMSOF S.A.). Powyższe uznać zaś należy za istotny brak opisu przedmiotu zamówienia. W tym miejscu odwołać należy się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która zajmowała już stanowisko odnośnie sposobu opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej integracji systemów informatycznych. Wskazał również na wyrok KIO z dnia 07.01.2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 2752/10 oraz wyrok KIO z dnia 08.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2053/12. Odwołujący wskazał także, iż walor powyższych orzeczeń jest tym bardziej istotny, gdyż w obu przypadkach przedmiotem rozpoznania Izby były odwołania dotyczące postępowań o zamówienia publiczne na dostawy systemów medycznych. Zarówno więc przedmiot zamówienia, jak i charakter Zamawiających były analogiczne do tych, jakie występują w przedmiotowym postępowaniu. W tej sytuacji Odwołujący podnosi, iż opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego jest niepełny ponieważ nie zawiera on informacji koniecznych do wykonania żądanej funkcjonalności. Podkreślił, że poszczególne hurtownie, jak i KAMSOF S.A. nie mają żadnego prawnego obowiązku współpracy z innymi wykonawcami zainteresowanymi udziałem w prowadzonym postępowaniu. Mogą oni więc swobodnie eliminować z udziału w postępowaniu innych wykonawców. Wobec tego oczywistym jest, iż braki w opisie przedmiotu zamówienia skutkują również naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp.

Zamawiający w dniu 18.03.2014 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp zwanej dalej: „Pzp” do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że: *„Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.”* (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 527/14, postanowień SIWZ, tj. zał. Nr 1 do SIWZ, zmian postanowień SIWZ dokonanych w ramach uwzględnienia odwołania o sygn. akt: 375/14 (wpływ bezpośredni do

Prezesa KIO w dniu 07.03.2014 r.), odwołania wraz z załącznikami (wydrukami stron internetowych: http://www.kamsoft.pl/prod/ewd/rista_hurtowni.htm; <https://www.ks-ewd.pl/Default.aspx> (zakładka „Witamy”); <https://www.ks-ewd.pl/Article.aspx?nwww=25> („Portal KS-EWD dla dostawców”), nadto postanowień SIWZ z postępowań na dostawę leków, płynów do infuzji oraz materiałów do Apteki Szpitalnej (SIWZ z dnia 04.04.2013 r.) oraz na dostawę leków do Apteki Szpitalnej (SIWZ z dnia 11.06.2013 r.), informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10.06.2013 r., 15.07.2013 r. jak i 14.08.2013 r. złożonych na rozprawie przez Odwołującego, wydruku ze strony internetowej firmy: KAMSOFT: dotyczy współpracy z innymi systemami aptecznymi – <http://www.kamsoft.pl/prod/> - złożonego na rozprawie przez Zamawiającego.

Odnośnie złożonej na rozprawie przez Zamawiającego – notatki st. specjalisty informatyka – pracownika Zamawiającego z dnia 26.03.2014 r., Izba nie uznała niniejszego pisma za dowód w sprawie, ale za oświadczenie Zamawiającego odnośnie przedmiotu sporu. Dodatkowo, Izba zapoznała się z postanowieniem KIO z dnia 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 375/14. Przeprowadzono także na wniosek Odwołującego złożony na rozprawie dowód: eksperyment procesowy polegający na próbie pobrania ze strony internetowej firmy: KAMSOFT: dotyczy współpracy z innymi systemami aptecznymi, której wydruk złożył na rozprawie Zamawiający – pliku KS-BKE.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust.1 i 2 Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp. poprzez wprowadzenie obowiązku dostarczenia funkcjonalności łączenia się z hurtowniami - Centrala Farmaceutyczna CEFARM S.A., FARMACOL S.A., Intra Sp. z o.o., NEUCA S.A., PGF Urtica Sp. z o.o., Sanofi-Avensis Sp. z o.o., Asclépios S.A., Bialmed Sp. z o.o. - za pomocą internetu w celu sporządzenia elektronicznego zamówienia, elektronicznej faktury z importem do systemu, sprawdzania cen i sprawdzania dostępności towaru (poz. 12.2.9 tabeli z zał. nr 1 do SIWZ), w sytuacji gdy:

a) zmiana opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanej funkcjonalności nastąpiła niezgodnie z treścią żądania Odwołującego zawartego w odwołaniu wniesionym w sprawie sygn. akt: KIO 375/14, w którym Odwołujący domagał się nakazanie Zamawiającemu wykreślenia poz. 12.2.9 tabeli z zał. nr 1 do SIWZ w całości, do którego to żądania Zamawiający miał obowiązek zastosować się bez wprowadzania dalszych modyfikacji

(naruszenie art. 186 ust. 2 Pzp);

b) żądana funkcjonalność jest charakterystyczna dla produktów KAMSOF S.A., a konkretnie portalu KS-EWD, z którego korzystają wszystkie wymienione przez Zamawiającego hurtownie farmaceutyczne, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, a wprowadzona przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ w istocie pogłębia powiązanie tej funkcjonalności z produktem KAMSOF S.A.;

c) dostarczenie żądanej funkcjonalności wymaga zgody i współpracy ze strony wymienionych przez Zamawiającego hurtowni lub podmiotu konkurencyjnego jakim jest KAMSOF S.A., której to współpracy i zgody Zamawiający nie zapewnia, umożliwiając hurtowniom współpracującym z KAMSOF S.A. oraz samej KAMSOF S.A. dowolne eliminowanie wykonawców z udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców;

d) Zamawiający nie zamieszcza w SIWZ informacji koniecznych do wykonania żądanej funkcjonalności, w tym także informacji niezbędnych do oceny jej technicznej wykonalności oraz rzetelnej wyceny kosztów jej wykonania, co dotyczy:

- braku wskazania nazwy oprogramowania wykorzystywanego przez każdą z hurtowni, z którym ma komunikować się dostarczany system przy realizacji żądanej funkcjonalności;
- brak zamieszczenia szczegółowego opisu protokołu oraz interfejsów wymiany danych stosowanych w oprogramowaniu wykorzystywanym przez każdą z hurtowni, w tym w szczególności opisu struktury komunikatów wysyłanych i odbieranych przez to oprogramowanie. Izba uznała w/w zarzut za zasadny w zakresie naruszenia art. 29 ust.1 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający w ramach zmian postanowień SIWZ dokonanych w kontekście uwzględnienia odwołania o sygn. akt: KIO 375/14 (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO w dniu 07.03.2014 r.) wprowadził w zakresie poz. 12.2.9 tabeli z zał. nr 1 do SIWZ - obowiązek dostarczenia funkcjonalności łączenia się z hurtowniami - Centrala Farmaceutyczna CEFARM S.A., FARMACOL S.A., Intra Sp. z o.o., NEUCA S.A., PGF Urtica Sp. z o.o., Sanofi-Avensis Sp. z o.o., Asclépios S.A., Bialmed Sp. z o.o. - za pomocą internetu w celu: sporządzenia elektronicznego zamówienia, elektronicznej faktury z importem do systemu, sprawdzania cen i sprawdzania dostępności towaru. Powyższe nastąpiło w odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp podniesiony w ramach odwołania o sygn. akt: KIO 375/14, gdzie ówczesny, a zarazem aktualny Odwołujący wnosił o wykreślenie poz. 12.2.9 tabeli z zał. nr 1 do SIWZ. Pierwotne postanowienie SIWZ w zakresie oczekiwanej funkcjonalności brzmiało: „*Możliwość*

elektronicznego łączenia się z wybranymi hurtowniami za pomocą internetu w celu sprawdzenia cen i dostępności towaru.”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że związana jest zarzutami, a nie żądaniami Odwołującego. Przy czym przedstawione podczas rozprawy stanowisko Odwołującego nie ograniczało się do żądania wyłącznie wykreślenia poz. 12.2.9 tabeli z zał. nr 1 do SIWZ, ale również dopuszczało możliwość rozwiązania pośredniego. W tym zakresie Odwołujący podnosił bowiem kwestie braku w ramach postanowień SIWZ jakichkolwiek danych informatycznych dotyczących oczekiwanej funkcjonalności, nawet takich jakie zostały przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie. W konsekwencji Izba biorąc pod uwagę uzasadnione potrzeby Zamawiającego, które zostały wykazane podczas rozprawy m.in. kwestie dotyczące zakupów interwencyjnych związanych z zagrożeniem bezpośrednim życia i zdrowia pacjentów, należy przyjąć rozwiązanie pośrednie, które Izba nakazuje Zamawiającemu. Należy wskazać, że Zamawiający generalnie nie negował stanowiska Odwołującego co do naruszenia zarzutu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust.1 Pzp, przy czym wskazywał na swojej uzasadnione potrzeby, powołując się na te same dowody, jakie złożył na rozprawie Odwołujący – postanowienia SIWZ z postępowań na dostawę leków, płynów do infuzji oraz materiałów do Apteki Szpitalnej (SIWZ z dnia 04.04.2013 r.) oraz na dostawę leków do Apteki Szpitalnej (SIWZ z dnia 11.06.2013 r.), informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10.06.2013 r., 15.07.2013 r. jak i 14.08.2013 r. Podnosił w tym zakresie, nadzwyczajny charakter takich sytuacji związanych np. z reakcją alergiczną pacjenta podczas leczenia, gdy mamy do czynienia z koniecznością szybkiego zakupu i szybkiej dostawy. Dodatkowo podnosił kwestie wykorzystania oczekiwanej funkcjonalności do określenia wartości szacunkowej zamówienia na dostawę leków, gdy postępowanie zostało unieważnione, gdy nie złożono żadnych ofert, albo gdy mamy do czynienia z zakupem poza ustawowym.

W ocenie Izby, Zamawiający winien podjąć „wysiłek” i uzyskać co najmniej minimum danych niezbędnych do stworzenia oprogramowania spełniającego oczekiwaną funkcjonalność od hurtowni z którymi ma zawarte umowy na dostawy leków. W tym zakresie Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, czy w ogóle próbował podjąć jakikolwiek kroki w tym kierunku, wobec hurtowni wskazanych w poz. 12.2.9 tabeli z zał. nr 1 do SIWZ. Nadto powinien podać informacje, jakim oprogramowaniem dysponuje i czy ma inne atrybuty, licencje, które mógłby udostępnić do dyspozycji, zgodnie z prawem autorskim, do ewentualnego wykorzystania potencjalnym Wykonawcom. W żadnym też wypadku Zamawiający nie przedstawił w SIWZ informacji wynikających z notatki przedłożonej na rozprawie z dnia 26.03.2014 r., co do wykorzystywania faktur w postaci elektronicznej,

składania zamówień, czy też potwierdzeń, a przynajmniej informacje niniejsze nie miały tak rozbudowanego charakteru. Powyższe kwestie zostały upublicznione Wykonawcy, który złożył odwołanie dopiero na etapie rozprawy. Wydaje się, że oczekiwania Zamawiającego w tej materii są istotne z punktu widzenia spornej funkcjonalności i winny być upublicznione. Wykonawcy nie mogą tego rodzaju informacji domyślać się, winny one być elementem postanowień SIWZ. Oczekiwanie na ewentualne pytania, jest działaniem Zamawiającego co najmniej mało ekonomicznym z punktu widzenia prowadzonego postępowania. W konsekwencji Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie wszystkich wskazanych w niniejszym akapicie czynności i wynikających z nich konsekwencji., tj. zmian postanowień SIWZ poprzez wprowadzenie informacji niezbędnych do stworzenia oprogramowania spełniającego oczekiwaną funkcjonalność. W ocenie Izby, to po stronie Zamawiającego spoczywa obowiązek dostarczenia danych pozwalających realnie urzeczywistnić oczekiwaną funkcjonalność chociażby w zakresie nazw oprogramowania wykorzystywanego przez każda z hurtowni.

Jednocześnie należy zauważyć, że Odwołujący nie przedstawił na rozprawie jakichkolwiek dowodów potwierdzających odmowę spółki KAMSOFT współpracy w zakresie przedmiotu sporu. Brak było przedstawienia nawet jakiegokolwiek próby kontaktu Odwołującego w tym zakresie z przywołanym Wykonawcą. Odwołujący nie był w stanie ani zaprzeczyć, ani potwierdzić, że licencja programu KS-BKE, to koszt rzędu 600 PLN, co nie wydaje się kwotą rzutującą w sposób zasadniczy na cenę oferty, tudzież że nie jest ona przeznaczona dla innych producentów oprogramowania, na co wskazuje przedstawiony na rozprawie przez Zamawiającego wydruk ze strony internetowej firmy KAMSOFT.

Izba nie przeczy, że przeprowadzony podczas rozprawy eksperyment procesowy nie powiódł się i nie pozwolił na „pobranie” pliki KS-BKE, jednakże nie świadczy to niezbicie o bezowocnym charakterze dalszych działań tego typu w tym zakresie.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust.1 Pzp – kierując się uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego w sytuacjach nadzwyczajnych, uwzględniając z kolei zarzut naruszenia art. 29 ust.1 Pzp, nakazując Zamawiającemu stosowne czynności, poprzez wprowadzenie do SIWZ wszystkich informacji natury informatycznej koniecznych do realnego urzeczywistnienia możliwości osiągnięcia przez zainteresowanych Wykonawców wymaganej funkcjonalności. Jednocześnie, nakazując aby Zamawiający pogłębił SIWZ w tym zakresie także dane związane z oprogramowaniem, które może udostępnić, tudzież dodatkowymi oczekiwaniami, na jakie wskazywał na rozprawie, a wynikającymi chociażby ze złożonej na rozprawie notatki służbowej. Niewątpliwie bowiem mimo, że nie ma ona charakteru dowodowego, stanowi oświadczenie pracownika Zamawiającego, i jako taka winna być rozpatrywana w kontekście wymaganej funkcjonalności z poz. 12.2.9 tabeli z zał. nr 1 do SIWZ. Jednocześnie z działaniami

Zamawiającego, Izba podnosi, że kwestią otwartą, pozostaje druga z możliwości na którą wskazywał Odwołujący na rozprawie, w żadnym wypadku nie zostało wykazane przez Odwołującego, jakoby owa druga możliwość miała charakter teoretyczny, tudzież była nieopłacalna ekonomicznie.

Odnosnie naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp Izba podtrzymuje stanowisko wynikające z orzecznictwa (przykładowo wyrok KIO z dnia 02.09.2011 r., sygn. akt: KIO 1786/11, wyrok KIO z dnia 27.03.2013 r., sygn. akt: 586/13, wyrok z dnia 20.02.2013 r., sygn. akt: KIO 290/13, wyrok KIO z dnia 10.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2899/12, czy też wyrok KIO z dnia 31.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2296/12), że samo naruszenia tego przepisu nie może być samodzielną podstawą do uwzględnienia odwołania. Zamawiający dokonując czynności z art. 186 ust.2 Pzp naraża się jedynie na zarzut naruszenia tego przepisu, a tym samym merytorycznego rozpoznania odwołania wniesionego wobec powtórzonych czynności. Powyższe potwierdza także stanowisko Zamawiającego, który podczas posiedzenia nie wnosił o odrzucenie odwołania, uznając konieczność rozpatrzenia merytorycznego za okoliczność bezsporną. W konsekwencji przepis ten nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowiłoby podstawę do nakazania Zamawiającemu jakichkolwiek działań.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....