

WYROK
z dnia 6 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant:
Komoń

Rafał

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31.10.2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **08.10.2018 r.** przez wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Spółka z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie, ul. Cicha 14, 21-100 Lubartów** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Informatyzacja oraz wdrożenie e-usług w SP 101 w Lubartowie" (nr ref SI/UE/3/2018).

przy udziale wykonawcy **KAMSOFT S.A., ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice** głaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

przy udziale wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** głaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

przy udziale wykonawcy **Gabos Software Spółka z o.o., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** głaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Umarza postępowania w zakresie zarzutu II oraz V odwołania w związku z cofnięciem zarzutu dotyczącego rozbieżności w określeniu terminu realizacji zamówienia oraz zarzutu odnoszącego się do kwestii związanych z próbką;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i:
 - 2.1. nakazuje Zamawiającemu określenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w okresie licznym od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
 - 2.2. nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez zmianę opisu przedmiotu zamówienia przez wprowadzenie alternatywnie: (i) postanowień zawierających informacje konieczne do integracji dotychczas funkcjonującego systemu u zamawiającego z nowym system, który w ramach zamówienia ma zostać dostarczony przez wykonawcę, w tym do przekazania niezbędnych informacji związanych z dostępem do interfejsów albo (ii) wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia postanowień dopuszczających możliwości realizacji zamówienia także przez dostarczenie przez wykonawcę nowego systemu, który zastąpi system obecnie funkcjonujący u zamawiającego oraz zapewni osiągnięcie funkcjonalności wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - 2.3. nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez zmianę opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób aby wymagane w tym opisie funkcjonalności i właściwości oprogramowania e-usług były realizowane bez względu na sposób ich realizacji, tj. aby wymagania dla finalnego systemu informatycznego zostały określone w sposób umożliwiający swobodny wybór przez wykonawców sposobu ich osiągnięcia, w tym usunięcie postanowień, że dostarczane przez wykonawców podsystemy muszą stanowić rozbudowę istniejącego u Zamawiającego systemu HIS;
3. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

4. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie, ul. Cicha 14, 21-100 Lubartów** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Spółka z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie, ul. Cicha 14, 21-100 Lubartów** na rzecz wykonawcy - **CompuGroup Medical Polska Spółka z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Izbą.

5. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 6 listopada 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2076/18

Zamawiający – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie, ul. Cicha 14, 21-100 Lubartów** prowadzi

w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Informatyzacja oraz wdrożenie e-usług w SP 101 w Lubartowie” (nr ref SI/UE/3/2018).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 28.09.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplementie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 187 422132.

W dniu **28.09.2018 r.** opublikowane zostało ogłoszenie o zamówieniu oraz Zamawiający zamieścił treść SIWZ.

Odwwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **08.10.2018 r.** przez wykonawcę CompuGroup Medica Polska Spółki z o.o. wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Informatyzacja oraz wdrożenie e-usług w SP ZOZ w Lubartowie”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lubartowie.

Odwołujący powyższymi czynnościami zarzucił naruszenie:

I. art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1 - 2 p.z.p. w związku z art. 36 ust. 1 pkt 4 p.z.p. i art. 41 pkt 6 p.z.p. poprzez określenie w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja 11.2.7) oraz w SIWZ (pkt V.2 oraz Załącznik nr 2 do SIWZ) terminu realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty dziennej, co - wobec niepewności co do daty zawarcia umowy dotyczącej realizacji zamówienia publicznego - oraz przy rażąco krótkim czasie na wykonanie zamówienia (obliczanym na podstawie ustawowych terminów na dokonanie określonych czynności), nie pozwala na ustalenie czasu na wykonanie zamówienia oraz co uprzywilejowuje dostawcę systemu szpitalnego HIS działającego aktualnie u Zamawiającego, który to wykonawca jako jedyny dysponuje wiedzą dotyczącą uwarunkowań istniejących w siedzibie Zamawiającego,

II. art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1 - 2 p.z.p. poprzez określenie w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja 11.2.7) oraz w SIWZ (pkt V,2 oraz Załącznik nr 2 do SIWZ) terminu realizacji zamówienia w sposób istotnie odmienny od postanowień Załącznika nr 4 do SIWZ (Istotne Postanowienia Umowy), co nie pozwala na jednoznaczne ustalenie faktycznych wymagań Zamawiającego co do terminu wykonania zamówienia, przy czym przyjęcie terminu wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ (21 grudnia 2018 r.) świadczy o preferowaniu przez Zamawiającego określonego wykonawcy tj. dostawcę systemu szpitalnego HIS działającego aktualnie u Zamawiającego.

III. art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1 - 2 p.z.p. poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie integracji dostarczanego oprogramowania z systemami działającymi w siedzibie Zamawiającego (w szczególności z systemem szpitalnym HIS WMS Mediquis, którego producentem jest GABOS Software Sp. z o.o.) w sposób niekompletny tj. bez jakiegokolwiek opisu tego systemu, w tym bez opisu interfejsów komunikacyjnych istniejących w integrowanym oprogramowaniu, bez opisu struktur bazy danych wykorzystywanych przez system HIS (zwłaszcza bez szczegółowego opisu tabel, pól i wzajemnych powiązań między nimi), a także bez zapewnienia współpracy z dostawcami integrowanego oprogramowania oraz bez zapewnienia możliwości zaoferowania wymiany systemu HIS na , co narusza zasadę uczciwej konkurencji i uprzywilejowuje dostawcę działającego obecnie systemu HIS tj. GABOS Software Sp. z o.o. (względnie podmioty oferujące dostawy oraz usługi dotyczące oprogramowania tej spółki);

IV. art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1 - 2 p.z.p. poprzez wprowadzenie w Załączniku nr 1 do SIWZ (OPZ) oraz w Załączniku nr 8 do SIWZ (Oferowane Funkcjonalności Dodatkowe - OFD) wymogu lub możliwości (w przypadku funkcjonalności dodatkowych) dostarczenia oprogramowania o parametrach, które odnoszą się do właściwości i cech działającego w siedzibie Zamawiającego systemu szpitalnego HIS WMS Mediquis, którego producentem jest GABOS Software Sp. z o.o., co - wobec niekompletności SIWZ, która nie zawiera jakichkolwiek informacji technicznych dotyczących tego systemu - uniemożliwia złożenie oferty przez podmiot inny niż GABOS Software Sp. z o.o. (względnie podmiot oferujący dostawy i usługi dotyczące oprogramowania GABOS Software Sp. z o.o.), co stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut dotyczy następujących funkcjonalności i właściwości oprogramowania e-usług:

a) Zamawiający oczekuje rozbudowy istniejącego u Zamawiającego systemu HIS o funkcjonalności umożliwiające prowadzenie dokumentacji medycznej pacjenta (EDM/RDM), dostawy i uruchomienia specjalistycznego oprogramowania mającego na celu wdrożenie nowoczesnych e-usług (e-platformy) oraz oprogramowania do digitalizacji dokumentacji medycznej papierowej w taki sposób, by podsystemy EDM/RDM, e-platformy i digitalizacji pracowały z tym systemem HIS bezpośrednio (online), to jest bez konieczności uruchamiania dodatkowego oprogramowania pośredniczącego, przesyłającego dane w postaci osobnych zbiorów (plików) danych między HIS i dowolnym z podsystemów - wymaganie obligatoryjne z części opisowej sekcji 3 (Założenia i wymagania ogólne dla systemu) - str. 9, akapit drugi OPZ;

b) Podsystemy e-usług, digitalizacji i EDM/RDM muszą działać na tej samej bazie danych co system obsługi pacjenta i obiegu informacji medycznej HIS. Podsystemy te muszą stanowić rozbudowę istniejącego u Zamawiającego systemu HIS (w zakresie tej funkcjonalności Odwołujący podnosi również zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 p.z.p. poprzez wprowadzenie wymogu dostarczenia rozwiązania informatycznego wykorzystującego bazę danych IBM DB2, którą wykorzystuje system WMS Mediquis [por. str. 9 OPZ] bez dopuszczenia możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych) - funkcjonalność obligatoryjna z poz. 1 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 10 OPZ;

c) Podsystemy muszą działać w oparciu o rejestrowany odrębny identyfikator dla każdego użytkownika, przy czym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której którykolwiek z podsystemów wymaga od użytkownika, logowania się innym identyfikatorem, niż ten który dla tego użytkownika jest zdefiniowany w systemie HIS - funkcjonalność obligatoryjna z poz. 20 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 11 OPZ;

d) Podsystemy muszą posiadać spójny z systemem HIS mechanizm kontroli dostępu. Dostęp do danych będzie możliwy wyłącznie po dokonaniu uwierzytelnienia - funkcjonalność obligatoryjna z poz. 21 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 11 OPZ;

e) Podsystemy muszą w logu systemowym współdzielonym z systemem HIS składować informacje (datę i godzinę z dokładnością do sekundy; adres IP stacji, unikalny identyfikator użytkownika; jeżeli dane w podsystemie uległy zmianie, to również informację o tym, z jakiej wartości i na jaką wartość została dokonana zmiana), rejestrujący w szczególności: zapisy o zalogowaniu do podsystemu i wylogowaniu z podsystemu każdego z użytkowników, zmianę parametrów konta każdego użytkownika, w szczególności zmianę uprawnień użytkownika, każdą inną zmianę danych zgromadzonych w podsystemie i dopisanie nowych danych do Systemu (wartość początkowa danych powinna być wówczas pusta) - funkcjonalność dodatkowa z poz. 26 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 12 OPZ oraz z poz. 9 tabeli funkcjonalności dodatkowych - str. 2 Załącznika nr 8 do SIWZ;

f) Wszystkie dane słownikowe i rejestry wykorzystywane w podsystemach muszą być spójne z danymi słownikowymi i rejestrami systemu HIS i definiowane w jednym miejscu, którym jest baza danych systemu HIS - funkcjonalność dodatkowa z poz. 33 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 12 OPZ oraz z poz. 10 tabeli funkcjonalności dodatkowych

- str. 2 Załącznika nr 8 do SIWZ;

g) Proces zarządzania użytkownikami w tym logowanie, polityka haseł w systemie HIS i wdrażanych podsystemach musi być jednolity dla wszystkich podsystemów i systemu HIS Zamawiającego - funkcjonalność dodatkowa z poz. 33 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 12 OPZ oraz z poz. 6 tabeli funkcjonalności dodatkowych - str. 2 Załącznika nr 8 do SIWZ;

h) Podczas zakładania konta pacjenta, wprowadzone dane muszą być walidowane przez System z rejestrem pacjentów jednostki znajdującym się w bazie danych Systemu, tj.: jeżeli dane pacjenta znajdują się już w rejestrze pacjentów, to konto w module e-platforma powinno być z tą osobą automatycznie powiązane - tzn. dane takiej osoby nie są dopisywane do rejestru; jeżeli dane pacjenta, nie znajdują się w rejestrze, to osoba taka musi zostać automatycznie dopisana do rejestru pacjentów, a konto w e-platformie automatycznie musi zostać powiązane z tą osobą - wymaganie obligatoryjne z poz. 9 tabeli „Wymagania dla modułu e-platformy” - str. 13 OPZ;

i) Zeskanowane i przekazane do RDM dokumenty muszą posiadać odpowiednią nazwę określającą typ dokumentu i być przypisane do przyjmującego oddziału/jednostki organizacyjnej placówki i być dostępne z poziomu aplikacji HIS/RDM - funkcjonalność obligatoryjna z poz. 5 tabeli „Wymagania szczegółowe oprogramowania do digitalizacji dokumentacji medycznej papierowej” - str. 24 ORZ;

j) Oprogramowanie musi umożliwiać realizację poniższego procesu na urządzeniu skanującym; 1) Pracownik na urządzeniu skanującym wprowadza nr PESEL lub nr kartoteki pacjenta lub na podstawie kodu kresowego umieszczonego na dokumentacji (np. w formie naklejki), urządzenie skanujące identyfikuje pacjenta - „sięga” po informacje do bazy pacjentów systemu HIS (...) - funkcjonalności obligatoryjne z poz. 14-15 tabeli „Wymagania szczegółowe oprogramowania do digitalizacji dokumentacji medycznej papierowej”-str. 25 OPZ.

V. art. 7 ust. 1 p.z.p. w związku z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126 - dalej „Rozporządzenie o dokumentach”), w związku z art. 36 ust. 1 pkt 6 p.z.p. poprzez zaniechanie wprowadzenia w SIWZ obowiązku złożenia wraz z ofertą próbki oferowanego systemu, lecz zastrzeżenie w to miejsce obowiązku przeprowadzenia „prezentacji próbki systemu”, w sytuacji gdy próbka, jako dokument wymieniany w § 13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia o dokumentach, powinna być składana wraz z ofertą i przechowywana przez okres wskazany w art. 97 ust. 1 p.z.p., co stanowi gwarancję zachowania przejrzystości postępowania.

Nadto Odwołujący wniosł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów tj. dokumentacji unieważnionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Informatyzacja oraz wdrożenie e-usług w SP ZOZ w Lubartowie obejmującej:

A) ogłoszenie o zamówieniu (Dz. Urz. UE z 2018 r., seria S, nr 157, poz. 360832),

B) SIWZ,

C) Załącznik nr 2 do SIWZ (Harmonogram Projektu),

D) Załącznik nr 3 do SIWZ (Prezentacja Próbkę Systemu) oraz

E) Załącznika nr 4 do SIWZ (Istotne Postanowienia Umowy).

na okoliczność wykazania sposobu określenia terminu realizacji zamówienia w tym postępowaniu oraz na okoliczność wykazania planowanego przez Zamawiającego czasu przeznaczanego na ocenę ofert, które to okoliczności świadczą o tym, iż Zamawiający prowadząc postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego od początku zakładał, iż otrzyma ofertę tylko jednego wykonawcy.

Mając na uwadze podniesione zarzuty wniosł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian ogłoszenia oraz SIWZ wskazanych w dalszej części odwołania.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania:

CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (dalej „CGM” lub „Odwołujący”) jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Odwołujący w ramach swojej działalności oferuje bowiem oprogramowanie oraz usługi podobne do tych, jakie są przedmiotem zamówienia. Postanowienia ogłoszenia oraz SIWZ zawierają jednak wymagania które zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny oraz w sposób który wskazuje na istnienie preferencji co do konkretnego dostawcy oprogramowania tj. dostawcy systemu szpitalnego HIS działającego w siedzibie Zamawiającego, co wyłącza uczciwą konkurencję w prowadzonym postępowaniu. Działanie Zamawiającego narusza więc interes CGM, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym zarobku.

Zachowanie terminu na wniesienie odwołania:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 września 2018 r., a zatem, jak wskazał Odwołujący, odwołanie wnoszone jest z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p.

Uzasadnienie

Ad. 1

Zarzut naruszenia art. 7 ust 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1-2 p.z.p. w związku z art. 36 ust. 1 pkt 4 p.z.p. i art. 41 pkt 6 p.z.p. - określenie terminu realizacji zamówienia datą dzienną

Zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 4 p.z.p. specyfikacja istotnych warunków zamówienia określa termin realizacji zamówienia. Analogiczną regulację dotyczącą ogłoszenia o zamówieniu zawiera przepis art. 41 pkt 6 p.z.p. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja 11.2.7) jako okres realizacji zamówienia wskazał 21 grudnia 2018 r. (str. 3 ogłoszenia). Powyższa data jest zbieżna z treścią postanowień pkt VI SIWZ oraz Załącznika nr 2 do SIWZ. Niezależnie od istniejących różnic w określeniu terminu realizacji zamówienia (por. zarzut nr 2), Odwołujący wskazuje, że wskazanie terminu wykonania zamówienia poprzez odniesienie się do konkretnej daty dziennej narusza przepisy art. 36 ust. 1 pkt 4 p.z.p., art. 41 pkt 6 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. i art. 29 ust. 1-2 p.z.p.

Jak wynika z postanowień SIWZ (pkt V,2) przedmiot zamówienia ma być realizowany w etapach oraz terminach opisanych w Załączniku nr 2 do SIWZ (Harmonogram Projektu). We wskazanym wyżej harmonogramie Zamawiający opisał następujące etapy i terminy realizacji zamówienia:

1) Etap I: przygotowanie Projektu Wykonawczego, modernizacja sieci teleinformatycznej, serwerowni, zakup serwerów, stacji roboczych, macierzy dyskowej, przełączników sieciowych, biblioteki taśmowej, UPS, szafy teletechnicznej, kontrolera sieci WiFi, punktów dostępowych WiFi, skanera dokumentacji medycznej, przełącznika FC, licencji oprogramowania backup, licencji dostępowych do serwera, licencji do wirtualizacji wraz instalacją, konfiguracją i uruchomieniem infrastruktury sprzętowej oraz oprogramowania: do dnia 20 grudnia 2018 r.

2) Etap II: zakup licencji, wdrożenie e-usług, oprogramowania do digitalizacji dokumentacji medycznej, instalacja, konfiguracja i uruchomienie e-platformy wraz z instrukcją dla użytkowników, testy penetracyjne: do dnia 20 grudnia

2018 r.

3) Etap III: przeprowadzenie szkoleń administratorów systemu: do 21 grudnia 2018 r.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia odwołania oczywistym jest, iż Odwołujący nie ma żadnej możliwości ustalenia daty rozpoczęcia realizacji zamówienia. Co za tym idzie Odwołujący nie może ustalić jaki czas będzie mógł przeznaczyć na wykonanie zamówienia. Jest to tym bardziej trudne, iż różnica pomiędzy wyznaczonym przez Zamawiającego terminem składania ofert (6 listopada 2018 r.) a terminem wykonania zamówienia (21 grudnia 2018 r.) to 45 dni kalendarzowych (nieco ponad 6 tygodni). Nie ulega jednak wątpliwości, iż Odwołujący nie będzie miał do dyspozycji całego tego czasu (który - jako czas na wykonanie wszystkich obowiązków umownych - i tak byłby ekstremalnie krótki). Wynika to już chociażby z ustawowych terminów dokonywania czynności w ramach postępowania przetargowego.

Jak wskazał Odwołujący z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia przekracza „progi unijne”, a postępowanie prowadzone jest w procedurze odwróconej, wykonawcy w terminie składania ofert zobowiązani są przedłożyć wstępne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia. Oznacza to, że wykonawca, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, musi zostać wezwany do złożenia dokumentów, czego wymaga przepis art. 26 ust. 1 p.z.p. Termin do złożenia tych dokumentów nie może być krótszy niż 10 dni. Zakładając nawet, iż Zamawiający wezwie wykonawcę w dniu składania ofert, musi on zakładać, że uzupełnione dokumenty otrzyma 16 listopada 2018 r. Nie można przy tym pomijać faktu, że w treści SIWZ (pkt VII pkt 2) Zamawiający w ramach oceny przewidział przeprowadzenie „prezentacji próbki”. Zamawiający nie precyzuje terminu, w którym ta prezentacja miałaby zostać przeprowadzona. Należy jednak zakładać, iż może ona zostać przeprowadzona po złożeniu dokumentów składanych w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 p.z.p. (oczywiście przy założeniu, że łącznie z tym wezwaniem wykonawca zostałby wezwany także do przeprowadzenia prezentacji). Odwołujący podkreśla jednak, iż postanowienia SIWZ wykluczała możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przed upływem 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 26 ust. 1 p.z.p. (np. wówczas, gdyby wykonawca przedłożył brakujące dokumenty wcześniej niż w ostatnim dniu terminu). Wniosek taki wynika z postanowień Załącznika nr 3 do SIWZ, w którym w pkt 1 sekcji „Zasady przeprowadzenia prezentacji Systemu” Zamawiający podał, iż: Wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą zostanie poinformowany przez Zamawiającego pisemnie o 2 możliwych terminach przeprowadzenia prezentacji próbki e-usług - co najmniej 10 dni przed pierwszym z tych proponowanych terminów”.

W najkorzystniejszym wariantcie (tj. wówczas, gdy Zamawiający będzie dokonywał czynności w dniu, w którym otrzyma dokumenty i nie wystąpi potrzeba kierowania do wykonawcy dodatkowych wezwań) wybór oferty mógłby nastąpić 19 listopada 2018 r. (poniedziałek) Podkreślić jednak należy, iż jest to termin wysoce nieprawdopodobny. Trudno bowiem zakładać, iż Zamawiający - zważywszy skomplikowany charakter zamówienia - byłby w stanie rzetelnie ocenić ofertę w kilka godzin. Tak przeprowadzona ocena siłą rzeczy musiałaby mieć charakter czysto pozorny. Nie bez znaczenia jest także i praktyka obrotu zamówieniowego, która wskazuje, iż zamawiający nigdy nie procedują w minimalnych terminach ustawowych.

Jeśli nawet wybór oferty miałby miejsce w dniu 19 listopada 2018 r. to Zamawiający musi zakładać konieczność zachowania 10 dniowego terminu, w którym mogą wpłynąć odwołania (art. 94 ust. 1 pkt 1 p.z.p.) Zamawiający nie może bowiem twierdzić, że oczekuje wyłącznie jednej oferty. Musi więc zakładać, że wpłynie większa liczba ofert. Przy uwzględnieniu dodatkowych 10 dni umowa mogłaby zostać zawarta najwcześniej 30 listopada 2018 r. Oznacza to więc, iż w wysoce nieprawdopodobnym wariantcie, w którym Zamawiający zawarłby umowę w najkrótszym możliwym terminie (przy więcej niż jednej ofercie), czas na realizację zamówienia wynosiłby 21 dni kalendarzowych (15 dni roboczych). W tym czasie Zamawiający oczekuje od wyłonionego wykonawcy przeprowadzenia analizy przedwdrożeniowej, dostawy i wdrożenia sprzętu sieciowego i komputerowego, wdrożenia zamawianego oprogramowanie oraz przeprowadzenia szkoleń. Oczywiście, iż w takiej sytuacji termin realizacji zamówienia określony na 21 grudnia 2018 r. jest terminem całkowicie nierealnym dla każdego wykonawcy innego niż dostawca systemu szpitalnego HIS działającego obecnie u Zamawiającego. Tylko ten wykonawca - znając uwarunkowania istniejące w siedzibie Zamawiającego, a także korzystając z dalszych „udogodnień” zawartych w opisie przedmiotu zamówienia (por. zarzuty 3-4) byłby w stanie podjąć próbę zrealizowania zamówienia w terminie wskazanym w SIWZ. Zdaniem Odwołującego żaden inny wykonawca - w obecnym kształcie SIWZ - nie będzie w stanie złożyć oferty w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, iż analiza okoliczności faktycznych towarzyszących niniejszemu postępowaniu, a także unieważnionemu postępowaniu na ten sam zakres dostaw i usług, prowadzi do wniosku, iż taki sposób ukształtowania wymagań Zamawiającego, nie jest wynikiem przypadku, czy niewiedzy, a Zamawiający jeśli nie dąży, to przynajmniej przyjmuje założenie, że w postępowaniu otrzyma wyłącznie jedną ofertę.

Jak już wskazywano powyżej Zamawiający prowadził już wcześniej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o zakresie i nazwie identycznymi z zakresem i nazwą postępowania niniejszego. Wcześniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 17 sierpnia 2018 r. (ogłoszenie opubl. w Dz. Urz. UE z 2018 r., seria S, nr 157, poz. 360832). W sekcji 11.3 ogłoszenia Zamawiający zawarł wówczas następujące stwierdzenie dotyczące terminu realizacji zamówienia: „Rozpoczęcie 1.10.2018. Zakończenie 21.12.2018”. Należy w tym miejscu zauważyć, że w ogłoszeniu o zamówieniu termin składania ofert został wyznaczony na 24 września 2018 r. Należy zatem na tej podstawie przyjmować, iż Zamawiający zakładał, iż ocena ofert i zawarcie umowy z wyłonionym wykonawcą zajmą tylko tydzień. Taki termin nie jest zaś możliwy do dotrzymania bez uzyskania deklaracji, iż wykonawca ten złoży dokumenty i będzie gotowy do prezentacji próbki w terminie daleko krótszym niż ustawowy termin wynikający z art. 26 ust. 1 p.z.p. Ponadto Zamawiający musi przyjmować założenie, że w postępowaniu otrzyma tylko jedną ofertę. Tylko wówczas mógłby bowiem zawrzeć umowę przed upływem 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Nie ulega wątpliwości, iż taki sposób prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, jest rażąco sprzeczny z podstawowymi zasadami p.z.p.

Stąd też - w realiach niniejszego postępowania - określenie terminu wykonania zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty dziennej, jest sprzeczne z przepisami art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1-2 p.z.p. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wypowiedzi zawarte w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej tj. w:

a) wyroku z 4 listopada 2013 r. (KIO 2411/13): Ustalony przez zamawiającego w konkretnej dacie termin na uruchomienie usług, bez określenia odpowiedniego okresu liczonego od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia na podjęcie działań ze strony wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia, zmierzających do uruchomienia usług, narusza art. 29 ust 1 i art 7 ust 1 p.z.p.

b) wyrok z 2 września 2016 r. (KIO 1557/16): W ocenie Izby zamawiający oznaczając terminy przez daty kalendarzowe nie mając jednocześnie wpływu na datę faktycznego początku realizacji zamówienia wypełnia tym samym przesłanką niemożliwości świadczenia. W związku z powyższym Izba nakazała ustalenie terminów przez zastąpienie w SIWZ

konkretnych dat kalendarzowych na terminy wskazujące czas trwania ze wskazaniem początkowego biegu terminu od określonego zdarzenia np.: 3 miesiące od daty zawarcia umowy.

Odwołujący przyłączając się do stanowiska wyrażonego w przywołanych wyrokach, wniosł:

- o nakazanie, aby Zamawiający zmienił postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w ten sposób, żeby określił on termin realizacji zamówienia poprzez odniesienie go do daty zawarcia umowy
- ustalenia, na 5 miesięcy licząc od tego terminu, z terminem realizacji Etapu I przypadającego na 4 miesiące od podpisania umowy, a Etapów II-III - na 5 miesięcy od podpisania umowy).

Ad. 2

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1-2 p.z.p

- niejednoznaczne określenie terminu realizacji zamówienia: (wewnętrzna sprzeczność dokumentacji przetargowej)

Jak już wskazywano przy omawianiu zarzutu nr 1, Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja 11.2.7) oraz w SIWZ (pkt V.I SIWZ oraz Załącznik nr 2 do SIWZ) termin wykonania zamówienia określił jako 21 grudnia 2018 r. Odwołujący podnosi, iż określone wyżej postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ są rażąco sprzeczne postanowieniami Załącznika nr 4 do SIWZ (Istotne Postanowienia Umowy), który w § 5 ust. 1 przewiduje, iż „Wykonanie całości Przedmiotu Umowy nastąpi do 15 tygodni od daty zawarcia Umowy”. Odwołujący stwierdza zatem, iż opis przedmiotu zamówienia w opisanym wyżej zakresie jest niejednoznaczny, co stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 1 p.z.p. Wykonawcy nie mają bowiem możliwości jednoznacznego ustalenia, który z podanych terminów realizacji umowy należy uznać za prawidłowy. Nie może o tym przesądzać ilość wystąpień określonego terminu w dokumentacji przetargowej.

Odwołujący podkreślił, iż ogłoszenie o zamówieniu zazwyczaj jest pierwszym dokumentem, na podstawie którego wykonawcy uzyskują wiedzę o warunkach zamówienia. Dotyczy to w szczególności ogłoszeń dotyczących zamówień o wartości powyżej „progów unijnych”, które są publikowane także w innych wersjach językowych. Skoro zaś żaden z potencjalnych wykonawców nie ma obowiązku zakładać, że pomiędzy ogłoszeniem, a SIWZ będą występowały różnice, ogłoszenie o zamówieniu może być jedynym źródłem informacji o terminie realizacji zamówienia. Skoro zaś w przedmiotowym postępowaniu termin realizacji zamówienia jest skrajnie restrykcyjny (tak jak to wynika z ogłoszenia) oczywistym jest, że ma to wpływ na ograniczenie liczby oferentów. Okoliczność ta mieć istotne znaczenie dla Zamawiającego, który korzysta z dofinansowania unijnego. Opisująca nieprawidłowość może bowiem skutkować naliczeniem korekty finansowej (lub pomniejszeniem wydatków) w wysokości do 25% wydatków kwalifikowalnych przypadających na zamówienie.

Odwołujący podniósł również, iż opisywana wyżej rozbieżność w określeniu terminu realizacji zamówienia może być w przyszłości wykorzystana jako potencjalna przyczyna zmiany zawartej umowy albo podstawa do odstąpienia od naliczania kar umownych. W każdym z dwóch wymienionych przypadków modyfikacja warunków realizacji zamówienia z całą pewnością miałyby charakter na tyle daleko idący, że de facto kształtowałaby ona zupełnie nowe zamówienie. Aby więc zapewnić równe warunki ubiegania się o zamówienie, w ocenie Odwołującego, koniecznym jest usunięcie sygnalizowanej rozbieżności. Co do wpływu różnic w ustaleniu terminu wykonania zamówienia i przyjęciu - jako obowiązującego - terminu krótszego, Odwołujący powołuje się na argumentację przytoczoną przy omawianiu pierwszego z podniesionych zarzutów. Odwołujący stwierdza zatem, iż taki sposób ukształtowania terminu realizacji zamówienia niewątpliwie promuje dotychczasowego dostawcę systemu szpitalnego działającego u Zamawiającego (Gabos Software Sp. z o.o.).

Odwołujący przyłączając się do stanowiska wyrażonego w przywołanych wyrokach, wniosł:

- o nakazanie, aby Zamawiający zmienił postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w ten sposób, żeby określił on termin realizacji zamówienia poprzez odniesienie go do daty zawarcia umowy
- ustalenia, na 5 miesięcy licząc od tego terminu, z terminem realizacji Etapu I przypadającego na 4 miesiące od podpisania umowy, a Etapów II-III - na 5 miesięcy od podpisania umowy.

Ad. 3-4

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1-2 p.z.p. - niekompletność opisu przedmiotu zamówienia

Na wstępie Odwołujący wskazał, że zarzuty z pkt III-IV dotyczą zbliżonych zagadnień i w związku z tym ich uzasadnienie zostanie przedstawione łącznie.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SIWZ (OPZ) Zamawiający w ramach zamówienia wymaga wykonania integracji dostarczanego oprogramowania z systemami zewnętrznymi tj. z systemem szpitalnym HIS. Jak wynika z OPZ Zamawiający obecnie wykorzystuje system szpitalny WMS Mediquis, którego producentem jest GABOS Software Sp. z o.o. działający w oparciu o system relacyjnej bazy danych IBM DB2 (por. OPZ - sekcja „Założenia i wymagania ogólne dla systemu - str. 9). Jak deklaruje Zamawiający zamówienie niniejsze dotyczyć ma rozbudowy systemu HIS o moduły realizujące funkcjonalności e-usług.

Nie ulega wątpliwości, w ocenie Odwołującego, iż oprogramowanie e-usług oraz system szpitalny są ze sobą funkcjonalnie powiązane i pomiędzy oboma systemami musi istnieć możliwość wymiany danych. Konieczne jest więc przeprowadzenie integracji systemu HIS oraz oprogramowania e-usług.

Jakkolwiek więc częstym wariantem dostaw oprogramowania e-usług jest rozbudowa systemu HIS dokonywana przez producenta tego właśnie systemu, to jednak, zdaniem Odwołującego, nie można tracić z pola widzenia faktu, iż postępowanie niniejsze prowadzone jest w trybie konkurencyjnym, co nakłada na Zamawiającego obowiązek zapewnienia dostępu do zamówienia podmiotom innym niż producent systemu HIS. Zamawiający musi również wywiązać się z obowiązków wynikających z art. 29 ust. 1 p.z.p. dotyczących kompletności opisu przedmiotu zamówienia.

Analiza wymagań SIWZ wskazuje jednak na to, zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający adresuje zamówienie wyłącznie do jednego wykonawcy tj. dostawcy systemu HIS. Świadczą o tym już okoliczności opisywane w uzasadnieniu zarzutów I i II. Niezależnie jednak o zagadnień dotyczących terminu realizacji zamówienia dalsze wymagania OPZ dobitnie świadczą o tym, iż konkurencyjność w postępowaniu niniejszym została w praktyce wyłączona, a cała procedura stwarza jedynie pozór procedury otwartej.

Zamawiający w treści OPZ stawia wymagania techniczne, z których wynika, w ocenie Odwołującego, iż oczekuje on ścisłej i pełnej integracji oprogramowania e-usług z systemem HIS. Świadczą o tym, jak wskazał Odwołujący, w szczególności wymagania obligatoryjne wymienione w zarzucie IV. Zamawiający w szczególności wymaga aby:

- a) oprogramowanie e-usług działało w oparciu o tę samą bazę danych co system HIS tj. bazę danych IBM DB2;
- b) oprogramowanie e-usług posiadało system uwierzytelniania użytkowników wspólny z systemem HIS;
- c) oprogramowanie e-usług pobierało i przekazywało z/do systemu HIS dane np. dane słownikowe.

Jak następnie wskazał Odwołujący stawiając takie wymagania Zamawiający jednocześnie nie udostępnia żadnych informacji technicznych dotyczących systemu HIS, co samo w sobie stanowi o niekompletności opisu przedmiotu

zamówienia (art. 29 ust. 1 p.z.p.). W miejsce wymaganego opisu Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ (str. 9) zawarł następujące stwierdzenie:

„Zamawiający informuje, że nie posiada praw do kodów źródłowych w/w oprogramowania - tym samym nie ma możliwości ich udostępnienia wykonawcom na potrzeby wykonywania zamówienia. Zamawiający nie posiada informacji w zakresie standardów umożliwiających przesyłanie informacji pomiędzy przedmiotem zamówienia, a systemem szpitalnym klasy HIS, jak również nie posiada wiedzy na temat struktury bazy danych do której dane powinny być przekazywane. Zamawiający oczekuje, że Wykonawca celem zapewnienia współdziałania z oferowanymi e-usługami, przy użyciu posiadanej wiedzy oraz doświadczenia, o ile będzie to konieczne, w celu ustalenia, jak użytkowany u Zamawiającego system klasy HIS działa, dokona szczegółowej analizy przy pomocy inżynierii wstecznej.”

Oczywistym jest, w ocenie Odwołującego, że brak wiedzy Zamawiającego co do właściwości posiadanego oprogramowania nie może stanowić usprawiedliwienia dla rażącego naruszenia podstawowych zasad p.z.p. Zamawiający w każdym wypadku powinien sporządzić opis przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, tak aby nie tylko producent rozbudowywanego systemu mógł wziąć udział w postępowaniu. Tymczasem OPZ w sposób otwarty faworyzuje tylko jednego wykonawcę. Nawet bowiem gdyby rozważać zastosowanie „inżynierii wstecznej” to i tak - przy narzucanym przez Zamawiającego terminie wykonania zamówienia - żaden wykonawca poza producentem systemu HIS, nie ma najmniejszej szansy na zrealizowanie zamówienia. Nawet zaś gdyby termin ten był dłuższy, to i tak dochodziłoby do naruszenia przepisów p.z.p., a to ze względu na fakt, iż potencjalni wykonawcy (inni niż producent systemu HIS) zostaliby obciążeni obowiązkiem zebrania informacji koniecznych do wykonania zamówienia, już na etapie jego realizacji. To zaś stoi w sprzeczności z treścią art. 29 ust. 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. (nierówne traktowanie) oraz prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 2 p.z.p.). Powyższe twierdzenie znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Dla przykładu Odwołujący powołał następujące orzeczenia:

a) wyrok z 15 stycznia 2014 r. (KIO 2942/13): Brak udostępnienia danych niezbędnych do wykonania integracji z systemem stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p. Ten przepis obowiązuje zamawiającego do wyczerpującego i pełnego opisu przedmiotu zamówienia, który powinien zawierać wszystkie niezbędne informacje, mające lub mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie kosztów wykonania zamówienia.

b) Wyrok z 22 listopada 2013 r. (KIO 2600/13): Zamawiający nie może zwolnić się z obowiązku uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia niezbędnych informacji przez zadekretowanie, że ich uzyskanie czyni elementem zamówienia spoczywającym na wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Taki zabieg w oczywisty i nadmierny sposób preferuje kosztem Odwołujących trzeciego wykonawcę - A., który wykonał większość systemów, z których dane mają być migrowane, lub z którymi ma być zapewniona integracja, (czyli system i. aktualnie funkcjonujący u Zamawiającego). Zatem tylko ten wykonawca zna przed złożeniem oferty zasady i miejsce składowania danych, relacje i powiązania danych, sposób i format zapisu danych w oprogramowaniu L, podczas gdy Odwołujący będą mogli poznać te uwarunkowania wymaganej przez Zamawiającego migracji danych dopiero na etapie realizacji zamówienia. Ponadto wyłącznie A., jako producent oprogramowania i. może zaoferować zintegrowanie nowych modułów części medycznej z funkcjonującymi modułami części administracyjnej niezależnie od braków opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Natomiast Odwołujący musieliby złożyć oferty bez znajomości uwarunkowań integracji, gdyż Zamawiający nie tylko nie opisał stosowanych w użytkowanym przez siebie systemie I. procedur i interfejsów wymiany danych, ale wręcz oświadczył, że nie wie, czy takowe w tym oprogramowaniu istnieją.

Odwołujący stwierdził, że skoro Zamawiający nie udostępnia informacji technicznych dotyczących systemu HIS, w zakresie koniecznym do wykonania zamówienia, jedynym środkiem umożliwiającym zachowanie konkurencyjności postępowania, jest dopuszczenie możliwości wymiany systemu HIS.

Z zarzutem dotyczącym braku prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia korespondują, zdaniem Odwołującego, zarzuty dotyczące funkcjonalności oprogramowania e-usług, których dostarczenie wymagałoby wykonania integracji z systemem HIS. Odwołujący w odniesieniu do funkcjonalności wymienionych w treści zarzutu nr IV, wskazuje zatem, iż bezsprzecznie opisują one zasady interakcji (integracji) z systemem HIS. Jako, że Zamawiający nie zapewnia warunków umożliwiających wykonanie integracji w żądanym terminie, wymagania te obecnie mają charakter czysto dyskryminacyjny.

Jeśli chodzi o pierwszą z funkcjonalności (pkt a) świadczy o tym wymóg „bezpośredniej integracji” oprogramowania e-usług i systemu HIS (bez oprogramowania pośredniczącego). Takie rozwiązanie uniemożliwia zastosowanie jakichkolwiek uniwersalnych technologii integracyjnych. Wykonanie takiego rodzaju integracji bez jakichkolwiek informacji technicznych o integrowanym systemie HIS jest więc praktycznie niemożliwe, a już na pewno nie może to nastąpić w terminie kilkunastu dni.

Rażąco dyskryminacyjny ma również, w ocenie Odwołującego, wymóg dostarczenia oprogramowania e-usług, które funkcjonowałyby w oparciu o bazę danych systemu HIS (pkt b). Chodzi więc o to, że oferowane oprogramowanie musi wykorzystywać bazę danych posiadaną już przez Zamawiającego. Restrykcja dotyczy więc nie tylko rodzaju i producenta bazy danych (IBM DB2), ale i samej instalacji (wykluczone jest więc wykorzystanie bazy danych działającej obok bazy systemu HIS). Odwołujący podnosi, że wymóg działania oprogramowania na bazie danych konkretnego producenta (IBM) narusza przepis art. 29 ust. 3 p.z.p. już chociażby ze względu na brak możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego. Przepisy art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 2 p.z.p. zostają również naruszone ze względu na wymóg współpracy oprogramowania e-usług z bazą systemu HIS. Żaden z wykonawców (poza GABOS Software) nie zna struktury baz danych systemu HIS i nie jest w stanie zapewnić współdziałania swojego oprogramowania z tą bazą. Już więc sam ten wymóg wyłącza możliwość złożenia oferty przez podmiot inny niż dostawca systemu HIS. Podobny skutek ma wprowadzenie wymagań dotyczących funkcjonalności wymienionych w pkt c)-h), ponieważ odwołują się one bezpośrednio do właściwości systemu HIS, które zostały opisane w SIWZ (zasady uwierzytelniania oraz tworzenia logów systemowych, które mają być współdzielone z systemem HIS, a także konieczność wykorzystania danych słowników i rejestrów systemu HIS). Z kolei funkcjonalności wymienione w pkt i)-j) odnoszą się albo do działania systemu HIS (zapewnienie dostępu do danych oprogramowania e-usług w systemie HIS) albo dotyczą konieczności zapewnienia możliwości pobierania danych z systemu HIS. Odwołujący ponownie wskazuje, iż dostarczenie oprogramowania spełniającego powyższe wymagania jest niewykonalne dla każdego wykonawcy poza producentem systemu HIS. Z całą pewnością - na co już wskazywano - nie jest możliwe wykonanie oczekiwanych integracji w terminie realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie, aby Zamawiający wprowadził do SIWZ zmiany polegające na:

a) dopuszczeniu dostawy oprogramowania e-usług łącznie z wymianą systemu HIS;

b) wykreśleniu z SIWZ wszystkich wymagań wymienionych w zarzucie nr IV przy czym w przypadku dopuszczenia wymiany systemu HIS żądanie wykreślenia dotyczy tylko wymagań z pkt a) i b).

Ad. 5

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. w związku z §13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia o dokumentach, w związku z art. 36 ust. 1 pkt 6 p.z.p.

Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia odwołania Zamawiający w Załączniku nr 3 do SIWZ (Prezentacja Próbkę Systemu) opisał zasady przeprowadzania prezentacji oferowanego oprogramowania e-usług. Jakkolwiek w nazwie dokumentu Zamawiający odnosił się do „próbki”, to jednak w samym Załączniku, jak i w SIWZ nie wprowadził on obowiązku złożenia próbki wraz z ofertą. Tymczasem zgodnie z treścią §13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia o dokumentach próbka jest dokumentem składanym w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy spełniają wymagania opisane w SIWZ. Jak każdy dokument przedkładany w postępowaniu powinna być ona więc traktowana jako załącznik do protokołu. Co za tym idzie Zamawiającego obciąża też obowiązek przechowywania próbek przez okres wskazany w art. 97 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący podniósł, iż zastąpienie obowiązku złożenia próbki, wymaganiami dotyczącymi wyłącznie prezentacji, narusza przywołane wyżej przepisy, a także stoi w sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania. Podkreślić bowiem należy, iż o ile próbka może być przedmiotem badania po zakończeniu prezentacji (np. w toku postępowania odwoławczego), o tyle prezentacja dokumentowana jest wyłącznie protokołem, który nie pozwala ustalić czy czynności podejmowane przez Zamawiającego w trakcie prezentacji były prawidłowe czy nie. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że obecne postanowienia Załącznika nr 3 do SIWZ, są w tym zakresie istotnie odmienne od treści Załącznika nr 3 do SIWZ obowiązującego w poprzednio prowadzonym i unieważnionym postępowaniu przetargowym, w którym Zamawiający w sekcji „Wymagania dotyczące przygotowania, złożenia i zwrotu próbki” wprowadził następujące postanowienia: „*W celu zaprezentowania Zamawiającemu, że oferowane przez Wykonawcę oprogramowanie posiada wymagane funkcjonalności podstawowe oraz zadeklarowane funkcjonalności dodatkowe (o ile wykonawca je wskaże w treści oferty), Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty próbkę Systemu podlegającą weryfikacji i ocenie*” W ocenie Odwołującego postanowienia obecnego Załącznika nr 3 do SIWZ naruszają przywołane wyżej przepisy ustawy i rozporządzenia.

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie, aby Zamawiający uzupełnił SIWZ o wymagania dotyczące przedłożenia próbki systemu, jako dokumentu przedkładanego wraz z ofertą.

Zamawiający pismem z dnia 30.10.2018 r. wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie jako bezzasadnego.

Odwołujący pismem z dnia 31.10.2018 r. uzupełnił swoją argumentację uzupełniając materiał dowodowy o załącznik nr 7 do Regulaminu konkursu – wzór umowy o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014 – 2020.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu

się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym

w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (w tym w szczególności załącznikami zawierającymi opis przedmiotu zamówienia) oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu jednakże ze względu na braki opisu przedmiotu zamówienia oraz niekorzystnej dla niego ustalenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia nie może on złożyć oferty w niniejszym postępowaniu. W ramach wniesionych zarzutów zakwestionował on sposób liczenia terminu realizacji świadczenia oraz wniósł o zmianę opisu przedmiotu zamówienia umożliwiającą sporządzenie oferty w taki sposób, aby usunąć elementy dyskryminujące pozostałych wykonawców z wyjątkiem wykonawcy, który jest wytwórcą systemu HIS (Hospital Information System) obecnie funkcjonującego u Zamawiającego. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami (w tym w szczególności dokumentacji zawierającej opis przedmiotu zamówienia – dalej zwany: „OPZ” – załącznik nr 1, załącznik nr 3 – prezentacja próbki), jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego. Wśród tej ostatniej Izba w szczególności uwzględniła dokonane przez Zamawiającego w dniu 19,23 oraz 25 października 2018 r. modyfikacje treści SIWZ.

W szczególności Izba poddała ocenie dowody w postaci dokumentacji prowadzonego postępowania. W zakresie wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji unieważnionego uprzednio postępowania obejmującego tożsamy zakres przedmiotowy Izba wskazuje, że to obowiązkiem Stron i Uczestników postępowania jest składanie dowodów na potwierdzenie okoliczności podnoszonych przez Nich w toku sprawy odwoławczej. Izba nie ma obowiązku „sięgania” do dokumentacji dostępnej w domenie publicznej. Jednakże w tym zakresie twierdzenia Odwołującego nie były, co do zasady, negowane przez uczestników sporu, w tym w szczególności przez Zamawiającego. Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do informacji, na które powoływał się Zamawiający w toku rozprawy (postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których udział brał Odwołujący). Izba oceniając zarzuty zawarte w odwołaniu ustaliła, że wydanie rozstrzygnięcia jest możliwe już w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. ogłoszenie o zamówieniu, treść SIWZ wraz z załącznikami (w tym w szczególności opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1, harmonogram oraz wzór umowy), jak również dokonaną przez Zamawiającego modyfikację tej dokumentacji (pismami z dnia 23 i 25 października 2018 r.).

Izba dopuściła oraz poddała ocenie złożony przez Odwołującego na rozprawie dowód w postaci wzoru umowy na dofinansowanie projektu ze środków UE.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba poddając analizie zarzuty zawarte w odwołaniu, jak również zapoznając się ze stanowiskiem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego uznała, że stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był, co do zasady kwestią sporną.

Zgodnie z częścią IV SIWZ zatytułowaną: „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa oprogramowania, licencji i sprzętu teleinformatycznego, komputerowego oraz instalacja, konfiguracja i uruchomienie e-usług o cechach użytkowych i parametrach technicznych określonych szczegółowo w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Przedmiot zamówienia stanowią zakresy:

Zakres 1 pt. „Szkolenia pracowników” — przeprowadzenie szkoleń administratorów systemu;

Zakres 2 pt. „Uruchomienie e-usług - zakup licencji, wdrożenie” — zakup licencji, wdrożenie następujących e-usług: rdm/edm, e-rejestracja, e-badanie, e-powiadomienia, e-dokumentacja, e-kolejka, ewywiad/e-ankieta, e-archiwum, oraz oprogramowania do digitalizacji dokumentacji medycznej papierowej, instalacja, konfiguracja i uruchomienie e-Platformy wraz z instruktażem dla Użytkowników, testy penetracyjne;

Zakres 3 pt. „Uruchomienie e-usług - sprzęt teleinformatyczny” — instalacja, konfiguracja i uruchomienie infrastruktury sprzętowej oraz oprogramowania systemowego, wirtualizacyjnego i narzędziowego;

Zakres 4 pt. „Sprzęt teleinformatyczny - zakup serwerów” — zakup serwera na potrzebę wirtualizacji, zakup serwera na potrzebę systemu ochrony danych;

Zakres 5 pt. „Sprzęt teleinformatyczny - zakup innych urządzeń” — zakup macierzy dyskowej, zakup przełączników sieciowych rdzeniowych, zakup przełączników sieciowych dostępowych 48 portowych POE+, zakup przełączników sieciowych dostępowych 24 portowych, zakup biblioteki taśmowej, zakup UPS dla przełączników dostępowych, zakup szafy teletechnicznej wraz z wyposażeniem, zakup UPS do Serwerowni, zakup kontrolera sieci WiFi, zakup punktów dostępowych sieci WiFi, zakup skanera dokumentacji medycznej, zakup przełącznika FC;

Zakres 6 pt. „Sprzęt teleinformatyczny - zakup oprogramowania narzędziowego” — zakup licencji oprogramowania backup, zakup licencji dostępowych do serwera, zakup licencji oprogramowania do wirtualizacji;

Załącznikami do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający uczynił:

Integralną część niniejszej SIWZ stanowią:

Załącznik nr 1 do SIWZ — Opis Przedmiotu Zamówienia

Załącznik nr 2 do SIWZ — Harmonogram Projektu

Załącznik nr 3 do SIWZ — Prezentacja próbki Systemu

Załącznik nr 4 do SIWZ — Istotne Postanowienia Umowy;

Załącznik nr 5 do SIWZ — Formularz Oferty

Załącznik nr 5a — Założenia i wymagania dot. infrastruktury i sprzętu

Załącznik nr 6 do SIWZ — Zobowiązanie do udostępnienia zasobów

Załącznik nr 6A do SIWZ — Wykaz osób

Załącznik nr 6B do SIWZ — Wykaz usług

Załącznik nr 7 do SIWZ — Wykaz oferowanych produktów

Załącznik nr 7A do SIWZ - JEDZ

Załącznik nr 8 do SIWZ — Oferowane funkcjonalności dodatkowe

Załącznik nr 8A do SIWZ — Grupa kapitałowa

Zgodnie z treścią pkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ str. 9 – (Opis przedmiotu zamówienia) zatytułowanego „Założenia i wymagania ogólne dla systemu” Zamawiający wskazał m.in., że:

Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu umowy, tj. rozbudowy istniejącego u Zamawiającego systemu HIS (system WMS Mediquis firmy Gabos Software Sp. z o.o., ul. Generała Leona Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, działający w oparciu o system relacyjnej bazy danych IBM DB2), dostarczy i wdroży system e-usług, udostępniający e-usługi dla Pacjentów i Personelu medycznego placówek Zamawiającego. W ramach systemu e-usług Wykonawca dostarczy rozwiązanie posiadające:

- podsystem (oprogramowanie) do digitalizacji dokumentacji medycznej papierowej,

- podsystem (oprogramowanie) e-platformy, udostępniający usługi elektroniczne (e-usług),

- podsystem (oprogramowanie) RDM/EDM, umożliwiające prowadzenie dokumentacji medycznej pacjenta.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja 11.2.7) jako okres realizacji zamówienia wskazał 21 grudnia 2018 r. (str. 3 ogłoszenia).

Termin ten został przesunięty w wyniku modyfikacji na dzień 25.02.2019 r. (zakończenie realizacji umowy z wykonawcą).

Jak wynika z postanowień SIWZ (pkt V.2) przedmiot zamówienia ma być realizowany w etapach oraz terminach opisanych w Załączniku nr 2 do SIWZ (Harmonogram Projektu). We wskazanym wyżej harmonogramie Zamawiający opisał następujące etapy i terminy realizacji zamówienia:

1) Etap I: przygotowanie Projektu Wykonawczego, modernizacja sieci teleinformatycznej, serwerowni, zakup serwerów, stacji roboczych, macierzy dyskowej, przełączników sieciowych, biblioteki taśmowej, UPS, szafy teletechnicznej, kontrolera sieci WiFi, punktów dostępowych WiFi, skanera dokumentacji medycznej, przełącznika FC, licencji oprogramowania backup, licencji dostępowych do serwera, licencji do wirtualizacji wraz instalacją, konfiguracją i uruchomieniem infrastruktury sprzętowej oraz oprogramowania: do dnia 20 grudnia 2018 r.

2) Etap II: zakup licencji, wdrożenie e-usług, oprogramowania do digitalizacji dokumentacji medycznej, instalacja, konfiguracja i uruchomienie e-platformy wraz z instruktażem dla użytkowników, testy penetracyjne: do dnia 20 grudnia 2018 r.

3) Etap III: przeprowadzenie szkoleń administratorów systemu: do 21 grudnia 2018 r.

Zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 4 do SIWZ (Istotne Postanowienia Umowy), który w § 5 ust. 1 przewiduje, iż „Wykonanie całości Przedmiotu Umowy nastąpi do 15 tygodni od daty zawarcia Umowy”.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SIWZ (OPZ) Zamawiający w ramach zamówienia wymaga wykonania integracji dostarczanego oprogramowania z systemami zewnętrznymi tj. z systemem szpitalnym HIS. Jak wynika z OPZ Zamawiający obecnie wykorzystuje system szpitalny WMS Mediquis, którego producentem jest GABOS Software Sp. z o.o. działający w oparciu o system relacyjnej bazy danych IBM DB2 (OPZ - sekcja „Założenia i wymagania ogólne dla

systemu - str. 9). Jak deklaruje Zamawiający zamówienie niniejsze dotyczyć ma rozbudowy systemu HIS o moduły realizujące funkcjonalności e-usług.

Zamawiający w treści OPZ postawił wymagania techniczne, z których wynika, iż oczekuje on ścisłej i pełnej integracji oprogramowania e-usług z systemem HIS. Świadczą o tym w szczególności wymagania wymienione poniżej:

- a) oprogramowanie e-usług działało w oparciu o tę samą bazę danych co system HIS tj. bazę danych IBM DB2;
- b) oprogramowanie e-usług posiadało system uwierzytelniania użytkowników wspólny z systemem HIS;
- c) oprogramowanie e-usług pobierało i przekazywało z/do systemu HIS dane np. dane słownikowe.

Zamawiający w treści SIWZ (w Załączniku nr 1 do SIWZ str. 9) zawarł następujące stwierdzenie:

*„Zamawiający informuje, że **nie posiada** praw do kodów źródłowych w/w oprogramowania - tym samym **nie ma możliwości** ich udostępnienia wykonawcom na potrzeby wykonywania zamówienia. Zamawiający **nie posiada** informacji w zakresie standardów umożliwiających przesyłanie informacji pomiędzy przedmiotem zamówienia, a systemem szpitalnym klasy HIS, jak również **nie posiada** wiedzy na temat struktury bazy danych do której dany powinny być przekazywane. Zamawiający oczekuje, że Wykonawca celem zapewnienia współdziałania z oferowanymi e-usługami, przy użyciu posiadanej wiedzy oraz doświadczenia, o ile będzie to konieczne, w celu ustalenia, jak użytkowany u Zamawiającego system klasy HIS działa, **dokona szczegółowej analizy przy pomocy inżynierii wstecznej.**”*

Odwolujący kwestionował również następujące funkcjonalności i właściwości oprogramowania e-usług:

- a) Zamawiający oczekuje rozbudowy istniejącego u Zamawiającego systemu HIS o funkcjonalności umożliwiające prowadzenie dokumentacji medycznej pacjenta (EDM/RDM), dostawy i uruchomienia specjalistycznego oprogramowania mającego na celu wdrożenie nowoczesnych e-usług (e-platformy) oraz oprogramowania do digitalizacji dokumentacji medycznej papierowej w taki sposób, by podsystemy EDM/RDM, e-platformy i digitalizacji pracowały z tym systemem HIS bezpośrednio (online), to jest bez konieczności uruchamiania dodatkowego oprogramowania pośredniczącego, przesyłającego dane w postaci osobnych zbiorów (plików) danych między HIS i dowolnym z podsystemów - wymaganie obligatoryjne z części opisowej sekcji 3 (Założenia i wymagania ogólne dla systemu) - str. 9, akapit drugi OPZ;
- b) Podsystemy e-usług, digitalizacji i EDM/RDM muszą działać na tej samej bazie danych co system obsługi pacjenta i obiegu informacji medycznej HIS. Podsystemy te muszą stanowić rozbudowę istniejącego u Zamawiającego systemu HIS (w zakresie tej funkcjonalności Odwołujący podnosi również zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 p.z.p. poprzez wprowadzenie wymogu dostarczenia rozwiązań informatycznego wykorzystującego bazę danych IBM DB2, którą wykorzystuje system WMS Mediquis [por. str. 9 OPZ] bez dopuszczenia możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych) - funkcjonalność obligatoryjna z poz. 1 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 10 OPZ;
- c) Podsystemy muszą działać w oparciu o rejestrowany odrębny identyfikator dla każdego użytkownika, przy czym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której którykolwiek z podsystemów wymaga od użytkownika, logowania się innym identyfikatorem, niż ten który dla tego użytkownika jest zdefiniowany w systemie HIS - funkcjonalność obligatoryjna z poz. 20 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 11 OPZ;
- d) Podsystemy muszą posiadać spójny z systemem HIS mechanizm kontroli dostępu. Dostęp do danych będzie możliwy wyłącznie po dokonaniu uwierzytelnienia - funkcjonalność obligatoryjna z poz. 21 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 11 OPZ;
- e) Podsystemy muszą w logu systemowym współdzielonym z systemem HIS składować informacje (datę i godzinę z dokładnością do sekundy; adres IP stacji, unikalny identyfikator użytkownika; jeżeli dane w podsystemie uległy zmianie, to również informacje o tym, z jakiej wartości i na jaką wartość została dokonana zmiana), rejestrując w szczególności: zapisy o zalogowaniu do podsystemu i wylogowaniu z podsystemu każdego z użytkowników, zmianę parametrów konta każdego użytkownika, w szczególności zmianę uprawnień użytkownika, każdą inną zmianę danych zgromadzonych w podsystemie i dopisanie nowych danych do Systemu (wartość początkowa danych powinna być wówczas pusta) - funkcjonalność dodatkowa z poz. 26 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 12 OPZ oraz z poz. 9 tabeli funkcjonalności dodatkowych - str. 2 Załącznika nr 8 do SIWZ;
- f) Wszystkie dane słownikowe i rejestry wykorzystywane w podsystemach muszą być spójne z danymi słownikowymi i rejestrami systemu HIS i definiowane w jednym miejscu, którym jest baza danych systemu HIS - funkcjonalność dodatkowa z poz. 33 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 12 OPZ oraz z poz. 10 tabeli funkcjonalności dodatkowych - str. 2 Załącznika nr 8 do SIWZ;
- g) Proces zarządzania użytkownikami w tym logowanie, polityka haseł w systemie HIS i wdrażanych podsystemach musi być jednolity dla wszystkich podsystemów i systemu HIS Zamawiającego - funkcjonalność dodatkowa z poz. 33 tabeli „Wymagania ogólne e-usług” - str. 12 OPZ oraz z poz. 6 tabeli funkcjonalności dodatkowych - str. 2 Załącznika nr 8 do SIWZ;
- h) Podczas zakładania konta pacjenta, wprowadzone dane muszą być walidowane przez System z rejestrem pacjentów jednostki znajdującym się w bazie danych Systemu, tj.: jeżeli dane pacjenta znajdują się już w rejestrze pacjentów, to konto w module e-platforma powinno być z tą osobą automatycznie powiązane - tzn. dane takiej osoby nie są dopisywane do rejestru; jeżeli dane pacjenta, nie znajdują się w rejestrze, to osoba taka musi zostać automatycznie dopisana do rejestru pacjentów, a konto w e-platformie automatycznie musi zostać powiązane z tą osobą - wymaganie obligatoryjne z poz. 9 tabeli „Wymagania dla modułu e-platformy” - str. 13 OPZ;
- i) Zeskanowane i przekazane do RDM dokumenty muszą posiadać odpowiednią nazwę określającą typ dokumentu i być przypisane do przyjmującego oddziału/jednostki organizacyjnej placówki i być dostępne z poziomu aplikacji HIS/RDM - funkcjonalność obligatoryjna z poz. 5 tabeli „Wymagania szczegółowe oprogramowania do digitalizacji dokumentacji medycznej papierowej” - str. 24 ORZ;
- j) Oprogramowanie musi umożliwiać realizację poniższego procesu na urządzeniu skanującym; 1) Pracownik na urządzeniu skanującym wprowadza nr PESEL lub nr kartoteki pacjenta lub na podstawie kodu kresowego umieszczonego na dokumentacji (np. w formie naklejki), urządzenie skanujące identyfikuje pacjenta - „sięga” po informacje do bazy pacjentów systemu HIS (...) - funkcjonalności obligatoryjne z poz. 14-15 tabeli „Wymagania szczegółowe oprogramowania do digitalizacji dokumentacji medycznej papierowej” - str. 25 OPZ.

Na tak postawione wymagania związane z terminem realizacji oraz wymagania związane ze sposobem realizacji przedmiotu zamówienia Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy Pzp w

zakresie zarzutu odnoszącego się do określenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób odmienny w ogłoszeniu o zamówieniu oraz treści SIWZ (zarzut nr I) oraz zarzutu odnoszącego się do próbki (zarzut nr V), ze względu na cofnięcie odwołania w tym zakresie przez Odwołującego.

Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest tym samym bezcelowe. Jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia merytorycznego. Na powyższe zwrócono uwagę w *uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15*. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w szeregu orzeczeń Izby m.in. w wyroku KIO z dnia 8 czerwca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1023/18z dnia 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16 oraz w wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

Zarzut nr I – termin realizacji przedmiotu zamówienia

W zakresie zarzutu w postaci art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 - 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 4 i art. 41 pkt 6 ustawy Pzp przez określenie w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja 11.2.7) oraz w SIWZ (pkt V.2 oraz Załącznik nr 2 do SIWZ) terminu realizacji zamówienia przez wskazanie konkretnej daty dziennej Izba uznała zarzut ten za uzasadniony.

Termin realizacji przedmiotu jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia i jako taki może oddziaływać negatywnie lub pozytywnie na krąg potencjalnych wykonawców, jak również jego niedookreślenie lub brak precyzyjnego wyznaczenia wpisuje się pod względem przedmiotowym w treść regulacji ujętej w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Konkretyzacja opisu przedmiotu zamówienia w postaci dyrektywy ujętej w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje takie skonstruowanie tego opisu aby każdy z wykonawców mógł przewidzieć zakres swoich obowiązków i uprawnień na etapie realizacji świadczenia, w tym aby mógł ocenić w sposób jednoznaczny przedmiotowo istotne elementy przyszłej umowy (*essentialia negotii*) – do których w przypadku świadczenia w postaci usługi lub dostawy należy zaliczyć także termin jej wykonania.

Stąd też Izba brak precyzyjnego dookreślenia terminu realizacji świadczenia, na skutek możliwości jego skrócenia w wyniku przebiegu procedury związanej z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w tym czasu na rozpoznanie ewentualnych środków odwoławczych), godzi w zasady ujęte w treści art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wszakże, jak słusznie wskazywał Odwołujący, brak jest możliwości przewidzenia w jakim terminie dojdzie do podpisania umowy z wykonawcą, i tym samym jaki w rzeczywistości będzie okres, a nie termin, realizacji świadczenia. Nie sposób w tym wypadku zgodzić się z Zamawiającym, że termin określony konkretną datą w sposób wystarczający zabezpiecza interesy obu stron umowy. Umowy zawierane w ramach zamówień publicznych winny być odmiennie oceniane od umów zawieranych w ramach swobodnego obrotu gospodarczego. W tym bowiem wypadku mamy do czynienia z umową o adhezyjnym charakterze ocenianą na tym etapie nie tylko pod kątem art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny ale przede wszystkim w kontekście wpływu jej przyszłych postanowień na zasady obowiązujące w ramach systemu zamówień publicznych.

Stąd też każdy z wykonawców, gdyż na tym etapie postępowania potencjalni wykonawcy powinni mieć zagwarantowane identyczne szanse w dostępie do zamówienia, winni mieć możliwość jednoznacznej identyfikacji swoich obowiązków tak aby dokonać wyceny przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący w tym przypadku rzeczywistą i uczciwą konkurencję na etapie ubiegania się o to zamówienie.

Brak możliwości dookreślenia swoich obowiązków skutkuje każdorazowo nieporównywalnością oferty, gdyż istotne elementy przyszłego świadczenia pozostawia w sferze domysłów i przypuszczeń wykonawców.

Aby zatem zagwarantować im równy dostęp do zamówienia, zaś podmiotowi zamawiającemu pewność, że złożone oferty będą porównywalne w stopniu co najmniej dostatecznym, należy doprowadzić do sytuacji aby każdy z wykonawców dysponował, co do zasady identycznymi warunkami początkowymi, w szczególności w zakresie, który jest zależny od podmiotu zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała powyższy zarzut za uzasadniony i nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w taki sposób, aby termin (okres) realizacji przedmiotu zamówienia swój początek miał w momencie podpisania umowy z wykonawcą wyłonionym w ramach prowadzonego postępowania.

Powyższe mimo dokonanej już przez Zamawiającego modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ będzie wymagało kolejnej zmiany, gdyż okres realizacji przedmiotu zamówienia ustalony datą dzienną od dnia ostatniej modyfikacji nadal ulega skróceniu i będzie wymagał przeliczenia oraz jego określenia stosownym czasookresem licznym od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko Odwołującego i popierającego go Przystępującego Asseco Poland S.A., zetermin ten mógł być przez Zamawiającego swobodnie przesuwany, czego dowodem jest złożona wraz z pismem umowa o dofinansowanie. Wzór tej umowy nie zawiera bowiem żadnych ograniczeń w tym zakresie i przesunięcie terminu następuje na uzasadniony wniosek Zamawiającego (Beneficjenta). O powyższym stanowi § 3 ust. 2 ww. projektu umowy. Zamawiający swoje stanowisko w tym zakresie oparł jedynie na twierdzeniach nie popartych żadnymi dowodami. Stąd też Izba uznała to stanowisko za gołostowne.

Co do propozycji terminów wskazanych przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 31.10.2018 r. oraz w treści odwołania (etap I na 4 miesiące, etap II i III na 5 miesięcy od podpisania umowy) Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że są one niemożliwe do dochowania – stąd też nie uwzględniła żądań w tym zakresie. Jednocześnie dopuszczenie możliwości zastąpienia systemu HIS w ramach zarzutu nr III i IV powoduje, że sposób realizacji świadczenia ulega znacznemu uproszczeniu.

O zakresie nakazanej Zamawiającemu zmiany Izba wypowie się w podsumowaniu uzasadnienia dokonując analizy i oceny żądań sformułowanych w treści odwołania.

Zarzut nr III i IV - opis przedmiotu zamówienia

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia powinien zostać opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Dokonując oceny

powyższego obowiązku zamawiającego Izba zobowiązana jest brać pod uwagę całokształt postanowień SIWZ oraz otoczenie związane z zamawianym świadczeniem. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu eliminacji elementu niepewności poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie parametrów przedmiotu zamówienia. Z kolei w ust. 2 przywołanej regulacji ustawodawca wskazał, iż przedmiot zamówienia nie może być opisany w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję. Niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.

W ocenie Izby fakt braku dysponowania przez Zamawiającego informacjami na temat systemu, w którego jest posiadaniu nie stanowi okoliczności usprawiedliwiającej taki stan rzeczy, tj. brak wypełnienia dyrektyw ujętych w normie prawnej uregulowanej w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wykładnia funkcjonalna zawartej tam normy nie pozwala na przyjęcie, że obowiązkiem podmiotu zamawiającego jest przekazanie tylko takich informacji, które posiada. Takie założenie klóciłoby się z wykładnią funkcjonalną przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wszakże zamawiający jest zarówno gospodarzem prowadzonego postępowania, jak również to od jego wcześniejszych działań zależy zakres nabytych praw, w tym licencji, kodów źródłowych, dokumentacji technicznej, informacji na temat interfejsów komunikacyjnych, czy też innych praw zależnych umożliwiających mu samodzielny rozwój posiadanego systemu lub możliwość zlecenia tej czynności podmiotom trzecim, innym niż jego producent. Powyższa okoliczność była wielokrotnie podnoszona w orzecznictwie Sądów Okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, jak również stała się powodem opracowania przez Urząd Zamówień Publicznych rekomendacji w tym zakresie (Rekomendacje udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne, Urząd Zamówień Publicznych 2009 r. źródło: www.uzp.gov.pl). W dokumencie tym wskazano m.in., że: „*Obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania z należytą starannością, oznacza w praktyce, że powinien on przede wszystkim precyzyjnie określić co będzie przedmiotem zamówienia. Ponadto, przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób, który umożliwi wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie powoduje tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówienia na konkurencję.*”

Przerzucenie na wykonawcę ryzyka związanego z uzyskaniem takich informacji jest, w ocenie Izby, nieuprawnione. Wykonawca bowiem zdany jest na dobrą wolę dotychczasowego dostawcy systemu, który może podyktować zróżnicowane warunki współpracy w zależności od danego wykonawcy, a co bardziej prawdopodobne nie udostępniać tych danych w ogóle, co uniemożliwi wykonawcy złożenie oferty w postępowaniu. Izba stoi na stanowisku, iż zaniebdania Zamawiającego powstałe w poprzednich postępowaniach, w tym brak własnej dbałości o konkurencyjność przyszłych postępowań, nie mogą prowadzić do przerzucania na wykonawców negatywnych konsekwencji takich działań. Zamawiający winien mieć świadomość, że możliwa jest rozbudowa systemu wprowadzonego w wyniku postępowania przeprowadzonego, jak oświadczył Zamawiający na rozprawie, 11 lat temu. Kierując się dotychczasowym orzecznictwem Sądów Okręgowych, Krajowej Izby Odwoławczej, jak również wytycznymi zawartymi w Rekomendacjach UZP Zamawiający winien zażądać, że każde z postępowań prowadzonych w przyszłości i obejmujących swoim zakresem nabyty system HIS powinno gwarantować konkurencyjność wśród wykonawców.

W wyżej przytoczonym dokumencie zawarte zostały rekomendacje skierowane do podmiotów zamawiających, z których wynika postulat zagwarantowania nabywcy systemu informatycznego zarówno prawnych (prawa autorskie w postaci licencji, praw zależnych itp.) oraz technicznych (kody źródłowe, schematy interfejsów, dokumentacja techniczna itp.) możliwości rozbudowy takiego systemu w sposób niezależny od jego producenta, w tym zagwarantowania możliwości zlecenia takiej usługi dowolnej liczbie podmiotów trzecich. Problematyka ujęta w „Rekomendacjach” UZP nie obejmuje kwestii nowej, lecz była ona odpowiedzią na nieprawidłowości, które pojawiały się w ramach systemu zamówień publicznych niemalże od jego początku, tj. od momentu, gdy administracja państwowa i samorządowa oraz podległe im jednostki rozpoczęły proces informatyzacji swoich struktur.

Istniejący w ramach prowadzonego postępowania stan rzeczy jest wynikiem tylko i wyłącznie zaniechań Zamawiającego, gdyż nie zabezpieczył On swoich interesów na przyszłość tak aby umożliwić sobie niezależny i zgodny z wymaganiami systemu zamówień publicznych rozwój posiadanego systemu informatycznego. Jest bowiem rzeczą oczywistą, że każdy tego rodzaju system w przyszłości będzie podlegał zmianom, czy to wynikającym z konieczności wyposażenia go w nowe funkcjonalności, czy wynikających ze zmian otoczenia prawnego lub gospodarczo – finansowo – społecznego, czy też wreszcie ze względu na rozwój technicznych wymagających dostosowania do nich wcześniej opracowanych rozwiązań.

Oznacza to, że zaniechanie w tym zakresie prowadzić może *de facto* do monopolu jednego wykonawcy, co klóci się z podstawowymi zasadami zamówień publicznych wyrażonymi w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, i wreszcie w sposób szczególny oddziałuje na sam opis przedmiotu zamówienia godząc w treść art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Izba uznała w pierwszej kolejności za zasadny zarzut naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie braku udostępnienia przez Zamawiającego danych niezbędnych do osiągnięcia celu, jaki stawia Zamawiający wykonawcy tj. modyfikacji i rozszerzenia funkcjonalnego posiadanego systemu o nowe e-usługi. W tym zakresie Zamawiający oświadczył wprost, że nie dysponuje wiedzą na temat struktury posiadanej aplikacji informatycznej i nie są mu znane możliwości jego rozbudowy.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia – dalej zwany „OPZ”) Zamawiający w ramach zamówienia wymaga wykonania integracji dostarczanego oprogramowania z systemami zewnętrznymi tj. z systemem szpitalnym HIS. Jak wynika z OPZ Zamawiający obecnie wykorzystuje system szpitalny WMS Mediquis którego producentem jest GABOS Software Sp. z o.o. działający w oparciu o system relacyjnej bazy danych IBM DB2 (por. OPZ - sekcja „Założenia i wymagania ogólne dla systemu - str. 9). Jak deklaruje Zamawiający zamówienie niniejsze dotyczyć ma rozbudowy systemu HIS o moduły realizujące funkcjonalności e-usług.

Jednakże, jak wyżej wskazano, Zamawiający nie dysponuje żadnymi informacjami o posiadanym systemie, w tym danymi umożliwiającymi ingerencję w jego strukturę umożliwiającą integrację posiadanego systemu z usługami dostarczonymi przez wykonawców w ramach niniejszego zamówienia.

Zamawiający pogodził się z taką sytuacją czemu dał wyraz w treści SIWZ w Załączniku nr 1 do SIWZ (str. 9) zawarł następujące stwierdzenie (cytat):

„Zamawiający informuje, że nie posiada praw do kodów źródłowych w/w oprogramowania - tym samym nie ma możliwości ich udostępnienia wykonawcom na potrzeby wykonywania zamówienia. Zamawiający nie posiada informacji

w zakresie standardów umożliwiających przesyłanie informacji pomiędzy przedmiotem zamówienia, a systemem szpitalnym klasy HIS, jak również **nie posiada** wiedzy na temat struktury bazy danych do której dany powinny być przekazywane. Zamawiający oczekuje, że Wykonawca celem zapewnienia współdziałania z oferowanymi e-usługami, przy użyciu posiadanej wiedzy oraz doświadczenia, o ile będzie to konieczne, w celu ustalenia, jak użytkowany u Zamawiającego system klasy HIS działa, **dokona szczegółowej analizy przy pomocy inżynierii wstecznej**.", w tym w ramach swojej argumentacji decyzję o zgodzie na integrację zamawiających systemów z istniejącym sędował/przerzucił na jego producenta, tj. Przystępującego - GABOS Software Sp. z o.o. (podkreślenie Izby)

Powyższe stanowisko Zamawiającego wyrażone w treści SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) jest wystarczające do uznania, że doszło do naruszenia wprost normy ujętej w treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji, na skutek uprzywilejowania wykonawcy Gabos Software Spółka z o.o. do naruszenia w konsekwencji art. 29 ust. 2 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp. W zasadzie sam Zamawiający wskazał na istotne braki opisu przedmiotu zamówienia będące konsekwencją jego dotychczasowych zaniedbań. Stąd też uznać należy, że opis przedmiotu zamówienia jest w oczywisty sposób niekompletny – a zatem wykonawcy inni, niż Gabos Software Spółka z o.o., nie dysponują wystarczającymi informacjami pozwalającymi na realizację przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby faktem notoryjnym, a więc nie wymagającym przeprowadzenia dowodów jest okoliczność, że aby wykonawca miał możliwość rozszerzenia funkcjonalności systemów już funkcjonujących u Zamawiającego jak i integracji nowego systemu z obecnie funkcjonującą u Zamawiającego infrastrukturą musi posiadać niezbędne informacje i dane umożliwiające efektywne wykonanie zamówienia. Nie było sporne pomiędzy Stronami, iż takie dane do interfejsy wymiany danych. Izba uznała za wiarygodne w tym względzie stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu o znaczeniu powyższych danych w procesie integracji. Argumentacja ta nie była kwestionowana przez Zamawiającego i Przystępującego. Ten ostatni jedynie wskazał, że produkt WMS Mediquis, którego producentem jest GABOS Software Sp. z o.o. działa w oparciu o system relacyjnej bazy danych IBM DB2, która jest produktem powszechnie dostępnym i znanym innym wykonawcom. Jednakże w ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że struktura całego WMS Mediquis staje się przez to na tyle przejrzysta, że każdy z wykonawców posiadający doświadczenie w branży informatycznej posiadając nieograniczony dostęp do dokumentacji technicznej bazy danych IBM - może zrealizować przedmiot zamówienia nie posiadając żadnych informacji o produkcie Przystępującego. W tym zakresie Izba zwraca uwagę na okoliczność, że proces dowodzenia w zakresie zarzutów z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp ma uproszczony charakter i w niniejszym wypadku uznanie, że doszło do naruszenia ww. przepisów jest wynikiem faktu, że Zamawiający wprost oświadczył w treści SIWZ, że nie dysponuje żadnymi informacjami na temat posiadanego systemu HIS. W zakresie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie okoliczności wpisujących się w hipotezę ujętej w tym przepisie normy prawnej. Z drugiej strony ani Zamawiający ani Przystępujący Gabos Software Spółka z o.o. nie wykazali, że sam fakt oparcia oprogramowania WSM Mediquis na bazie danych IBM DB2 jest wystarczający do przeprowadzenia integracji przez innych wykonawców.

Dodatkowo Izba wskazuje, że argumentacja Zamawiającego związana z wytycznymi instytucji pośredniczącej – Województwa Lubelskiego, zakresu dofinansowania, udziału Odwołującego w innych postępowaniach, w tym jego zgoda na analogiczne pod względem terminu i zakresu modyfikacji wymagania, nie zostały wykazane przez Zamawiającego żadnymi dowodami. W tym zakresie Zamawiający ograniczył się jedynie do prezentacji swoich twierdzeń na etapie rozprawy. Stąd też Izba jako zasadniczy dowód przemawiający za uwzględnieniem zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia uznała treść załącznika nr 1 do SIWZ – OPZ, zarówno w formie pierwotnej, jak i zmienionej w wyniku modyfikacji, w szczególności informacje i wymagania zawarte na jego str. 9 i 10, z których wynika m.in., że: Zamawiający nie dysponuje żadnymi prawami do posiadanego systemu HIS i informacjami na jego temat, zaś brak kompletności dokumentacji systemu lub ewentualne luki w ogólnodostępnej dokumentacji silnika bazy danych nie mogą stanowić podstawy dla wykonawcy dla zaprzestania lub zmniejszenia zakresu integracji użytkowanego systemu HIS ani do przesunięcia wymaganych terminów realizacji zadania.

Mając na uwadze powyższe Izba w niniejszym składzie w całości podzieliła stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 8 czerwca 2018 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1023/18, gdzie zostało wskazane, że: *Przerzucenie na wykonawcę ryzyka związane z uzyskaniem takich informacji jest, w ocenie Izby, nieuprawnione. Wykonawca bowiem zdany jest na dobrą wolę dotychczasowego dostawcy systemu, który może podyktować zróżnicowane warunki współpracy w zależności od danego wykonawcy, a co bardziej prawdopodobne nie udostępnić tych danych w ogóle, co uniemożliwi wykonawcy złożeniu oferty w postępowaniu. Izba stoi na stanowisku, iż zaniedbania Zamawiającego powstałe w poprzednich postępowaniach, w tym brak własnej dbałości o konkurencyjność przyszłych postępowania, nie mogą prowadzić do przerzucania na wykonawców negatywnych konsekwencji takich działań. Zamawiający winien mieć świadomość, że możliwa jest rozbudowa systemu wprowadzonego w wyniku postępowania w 2011 r. i winien zadbać, że każde z postępowania gwarantowały konkurencyjność wśród wykonawców.*

Co istotne Zamawiający wskazał wykonawcom, że ustalenie jak działa funkcjonujący u niego system HIS powinno zostać zrealizowane w ramach szczegółowej analizy przy pomocy inżynierii wstecznej (inżynierii odwrotnej). Faktem powszechnie znanym jest, że taki sposób realizacji świadczenia obarczony jest dużym ryzykiem niepowodzenia, zaś nawet jeżeli można przyjąć, że umożliwia on realizację przedmiotu zamówienia, wymaga znacznego nakładu sił, czasu i środków – dając przewagę konkurencyjną wykonawcy, który jest producentem systemu. W tym zakresie wypowiedziała się Izba w przywołanym wyżej orzeczeniu o sygn. akt KIO 1023/18, którą to argumentację Izba w niniejszym składzie podzieliła w całej rozciągłości. Analizując przedłożone tam dowody (m.in. Informację o szkoleniu „Inżynieria odwrotna kodu” w systemach Windows i Linux) Izba zwróciła uwagę na okoliczność, że w dokumencie tym wprost zostało wskazane, iż wiedza zdobyta w toku szkolenia pozwoli na lepszą ochronę tworzonych aplikacji przed stosowaniem inżynierii odwrotnej przez atakujących. Oznacza to, że wiedza ta jest w pierwszej kolejności wykorzystywana do zabezpieczenia aplikacji informatycznych przed ingerencją w ich strukturę przez osoby nieuprawnione – a więc przez osoby, których działanie jest niepożądane ze względu na interesy producenta. Powyższe stanowisko należy uzupełnić stwierdzeniem, że stosowanie inżynierii wstecznej jest narażone na tym większe niepowodzenie, im wykonawca posiada mniej informacji o systemie objętym taką analizą. W niniejszym wypadku, co wynika jednoznacznie ze str. 9 załącznika nr 1 do SIWZ (OPZ) ilość tych informacji została sprowadzona niemal do zera.

Izba oceniając zasadność zarzutów związanych z opisem przedmiotu zamówienia nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego związanej z kwestią umowy o dofinansowanie projektu. Izba w tym zakresie poddała analizie wymagania związane z przedmiotem zamówienia uznając, że w ramach tego opisu Zamawiający wymagał m.in. dostarczenia licencji (a więc dostawę – vide pkt IV SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia – zakres 2) oprogramowania stanowiącego element przyszłego świadczenia, które to oprogramowanie stanowi typową dostawę objętą zakresem zamówienia i w pierwotnej wersji opisu przedmiotu zamówienia mającej stanowić punkt wyjścia do integracji z już istniejącym systemem

HIS. Oznacza to, że przedmiotem dofinansowania jest również dostawa, a więc nic nie stoi na przeszkodzie aby ze względu na istniejące uwarunkowania prawne związane z udzielaniem zamówień publicznych (koniecznością respektowania zasad tego systemu) została ona zrealizowana w szerszym zakresie niż przewidywany pierwotnie przez Zamawiającego.

Izba odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, która sprowadzała się do stanowiska, że nie dysponuje on środkami na zakup nowego programu typu HIS wskazuje, że dopuszczenie jego wymiany w żaden sposób nie stanowi zagrożenia dla możliwości finansowych Zamawiającego, gdyż nadal w ramach niniejszego postępowania będzie dopuszczalna modyfikacja istniejącego systemu HIS. Wprowadzenie, jako innego sposobu realizacji świadczenia, możliwości jego wymiany na inny system otwiera prowadzone postępowania na konkurencję pozwalając wykonawcom na dokonanie wyboru pomiędzy dwoma alternatywnymi sposobami realizacji przedmiotu zamówienia. Otóż stanie się tak wówczas, gdy Zamawiający nie będzie w stanie dostarczyć pozostałym wykonawcom danych umożliwiających integrację i modyfikację istniejącego systemu HIS, i będzie zmuszony wykonać alternatywną część sentencji niniejszego orzeczenia. W takim wypadku wykonawcy oferujący nowy system HIS będą zmuszeni konkurować cenowo z ofertami wykonawców (w tym w szczególności ofertą Przystępującego Gabos Software Spółka z o.o.), którzy zaoferują realizację przedmiotu zamówienia przez modyfikację i integrację posiadanego przez Zamawiającego systemu HIS z pakietem e-usług. Taki alternatywny sposób realizacji przedmiotu zamówienia wymusi jednocześnie na wykonawcy Gabos Software Spółka z o.o. racjonalne podejście do kwestii wyceny swojego świadczenia tak aby uzyskać dopuszczalną prawem przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami – a nie korzystać jedynie z przewagi, która jest wynikiem zaniechań Zamawiającego. Jednocześnie możliwość alternatywnego sposobu realizacji świadczenia nie wyklucza sytuacji, że także wykonawcy, którzy nie są wytwórcami systemu znajdującego się w posiadaniu Zamawiającego, mogą rozważyć jego rozbudowę po nawiązaniu współpracy z Przystępującym Gabos Software Spółka z o.o. (czy to w formie podwykonawstwa, czy konsorcjum).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp za uzasadnione nakazując Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ w sposób opisany poniżej.

Sentencja – modyfikacja żądań

Konstruując sentencję orzeczenia Izba miała na uwadze okoliczność, że stosownie do treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym będąc związaną wzorcami kontroli dla czynności Zamawiającego, wskazanymi w treści odwołania, winna uwzględnić ich treść i ustalić, czy doszło do wyczerpania hipotezy wskazanych przez Odwołującego norm prawnych. Z powyższej normy prawnej należy jednocześnie wywieść dyrektywę o braku związania Izby żądaniami zawartymi w treści odwołania, co powoduje, że Izba uwzględniając zarzut ma swobodę w modyfikacji żądań i ujęcia ich w stosownym zakresie w sentencji orzeczenia.

Izba wskazuje, że mając na uwadze fakt uwzględnienia zarzutów odnoszących się do terminu realizacji przedmiotu zamówienia (zarzut oznaczony w odwołaniu numerem I) nie uwzględniła żądań Odwołującego, co do ich długości, gdyż wykonawca ten nie wykazał, że tylko wskazane przez Niego terminy (odpowiednio 4 i 5 miesięcy) gwarantują realizację przedmiotu zamówienia przez innych wykonawców, w tym Odwołującego. Stąd też Izba uznała za wystarczające nakazanie Zamawiającemu określenie terminów liczonych od dnia zawarcia umowy bez narzucania ich długości, tj. Izba za wystarczające uznała terminy przewidziane w ramach modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ dokonanej po wniesieniu odwołania z zachowaniem ich długości (liczonej od dnia modyfikacji do terminu określonego datą dzienną) z przeliczeniem ich na czasookresy liczone w dniach, tygodniach lub miesiącach dla których początkiem będzie dzień podpisania umowy. Taki też nakaz został ujęty w treści sentencji orzeczenia.

W zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami III i IV (zarzuty dotyczące OPZ opierające się o art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 – 2 ustawy Pzp) Izba nie uwzględniła żądań Odwołującego nakierowanych na wykreślenie tych funkcjonalności (oznaczonych literami od a) do j)) lecz nakazała Zamawiającemu usunięcie tych elementów opisu przedmiotu zamówienia, które poza określonymi funkcjami/Właściwościami systemu narzucają wykonawcom sposób ich osiągnięcia oraz nakazała usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia wymagań aby przewidziane do realizacji podsystemy stanowiły obligatoryjnie rozbudowę systemu istniejącego u Zamawiającego – co jednocześnie koresponduje z pkt 2.2. sentencji orzeczenia, gdzie alternatywnie Izba nakazała Zamawiającemu, w przypadku braku możliwości przekazania wykonawcom istotnych informacji o posiadanym systemie HIS, wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia postanowień dopuszczających możliwości realizacji zamówienia przez dostarczenie przez wykonawcę nowego systemu, który zastąpi system obecnie funkcjonujący u zamawiającego oraz zapewni osiągnięcie funkcjonalności wymaganych w treści SIWZ.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: