

WYROK
z dnia 26 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Członkowie: Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ASSECO POLAND S.A., Al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, ul. W. K. Roentgena 5, 02-781 Warszawa** protestu z dnia 28 stycznia 2010 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ASSECO POLAND S.A., Al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów
i nakazuje:

1

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ASSECO POLAND S.A., Al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ASSECO POLAND S.A., Al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów** na rzecz **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, ul. W. K. Roentgena 5, 02-781 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ASSECO POLAND S.A., Al. Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów.**

Uzasadnienie

Podstawą złożonego odwołania i poprzedzającego go protestu był zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą złożonego odwołania i poprzedzającego go protestu były zapisy treści ogłoszenia o zamówieniu na dostawę, które ukazało się w dniu 16 stycznia 2010 roku na oficjalnej 2

stronie publikacji Wspólnot Europejskich, dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Protest w tym zakresie został złożony do Zamawiającego w dniu 28 stycznia 2010 r. Zamawiający oddalił w całości złożony protest w dniu 03 lutego 2010 r. Odwołujący od rozstrzygnięcia

protestu w dniu 12 lutego 2010 r. (nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego) złożył odwołanie kierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którego kopię *przekazał Zamawiającemu w tym samym dniu.*

Biorąc pod uwagę treść środków ochrony prawnej złożonych w przedmiotowej sprawie Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego.

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący **zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy prawo zamówień** i domagał się modyfikacji treści ogłoszenia poprzez usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia wymogu zastosowania dla systemu HIS (Hospital Information System) wielowarstwowej architektury aplikacji z użyciem tzw. "cienkiego klienta" np. przeglądarki internetowej z wykluczeniem interfejsów tekstowych.

Uściślając swoje stanowisko, Odwołujący wskazał, że „zamieszczone w ogłoszeniu wymaganie od oferowanego systemu wielowarstwowej architektury aplikacji z użyciem tzw. "cienkiego klienta" np. przeglądarki internetowej i wykluczenia interfejsów tekstowych nie jest obiektywnie uzasadnione, a jedynie powoduje, że Odwołujący nie może ubiegać się o uzyskanie zamówienia, bo jego oferta zostanie odrzucona jako oferta, której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” Tym samym interes prawny Odwołującego doznałby uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy.

Odwołujący wskazał na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy przez oddalenie protestu w całości i zaniechanie modyfikacji treści ogłoszenia w zakresie wskazanym w proteście.

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący w odwołaniu wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym w proteście, tj. usunięcie z jego treści wymagania od oferowanego systemu wielowarstwowej architektury aplikacji z użyciem tzw. "cienkiego klienta" np. przeglądarki internetowej i wykluczenia interfejsów tekstowych, orzeczenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez

3

Odwołującego.

Swoje żądanie Odwołujący argumentował twierdzeniem, że przedstawione przez Zamawiającego w ogłoszeniu, jak i w uzasadnieniu oddalenia protestu, cele i założenia funkcjonalne, techniczne, użytkowe i ekonomiczne może spełnić zarówno system, którego oczekuje Zamawiający - wykorzystujący aplikacje z wielowarstwową architekturą, jak również system posiadający aplikacje działające w architekturze klient-serwer, jakie oferuje Odwołujący. Dlatego Odwołujący wnosił o usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia zapisu dotyczącego zastosowania dla systemu HIS (Hospital Information System) wielowarstwowej architektury aplikacji z użyciem tzw. "cienkiego klienta" np. przeglądarki internetowej z wykluczeniem interfejsów tekstowych.

II. Stanowisko Zamawiającego.

Zarówno w treści rozstrzygnięcia protestu, jak i na rozprawie Zamawiający wykazywał, że tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany potrzebami w zakresie wymaganego oprogramowania. Zdaniem Zamawiającego wymagane przez niego oprogramowanie jest rozwiązaniem stosowanym powszechnie i nie ogranicza konkurencji, a przyjęte rozwiązanie stanowi kontynuację wcześniej przyjętych rozwiązań i posiadanych już systemów. Zamawiający podkreślał, że zastosowanie rozwiązania proponowanego przez Odwołującego spowoduje zdecydowane obciążenie serwera, zwiększenie kosztów, konieczność zainstalowania dodatkowego oprogramowania właściwego dla systemu operacyjnego oraz konieczność uzyskania dodatkowego wsparcia informatycznego. Zamawiający wskazywał także na następujące okoliczności:

1) kwestie związane z zabezpieczeniem sprzętu komputerowego (brak kradzieży sprzętu terminalowego - jako bezużytecznego w zastosowaniach „domowych”) i bezpieczeństwem informacji niejawnych (poprzez brak możliwości zapisu danych), które jednoznacznie wskazują na wybór rozwiązania terminalowego jako najbardziej korzystnego dla Zamawiającego.

2) całkowite koszty posiadania rozwiązania wymaganego przez Zamawiającego w perspektywie wieloletniej są zdaniem Zamawiającego bez wątpienia dużo niższe niż wybór innych technologii.

4

- 3) na podstawie doświadczeń Zamawiającego, rozwiązanie wymagane przez Zamawiającego posiada wyższą trwałość sprzętu poprzez brak zużywających się urządzeń mechanicznych (takich jak np. dysk twardy) oraz niższe koszty serwisowania.
- 4) Istniejąca instalacja zasilająca w obiektach Centrum Onkologii ma ograniczone możliwości przesłania energii elektrycznej - stąd dla Zamawiającego konieczny jest wybór technologii o jak najniższym poborze energii.
- 5) komfort pracy personelu szpitalnego - w niektórych komórkach organizacyjnych Zamawiającego znajduje się do kilkunastu urządzeń zainstalowanych w jednym pomieszczeniu - brak hałasu emitowanego przez części ruchome (np. wiatraki) ma więc dla Zamawiającego duże znaczenie.
- 6) docelowa struktura sprzętowa Centrum Onkologii będzie składała się z terminali i kilkuset obecnie posiadanych komputerów pracujących pod kontrolą różnych systemów operacyjnych.
- 7) ze względu na działalność statutową, Zamawiający zamierza uruchomić zdalny dostęp do szpitalnej bazy danych dla wybranych pracowników Centrum Onkologii - Instytutu. Wielowarstwowa architektura aplikacji umożliwia więc łatwość i niski koszt integracji tych urządzeń, co jest dla Zamawiającego krytycznym warunkiem efektywności rozwiązania.

W ocenie Zamawiającego, opisane przez niego zamówienie i przyjęte rozwiązanie nie ma charakteru dyskryminującego. Zdaniem Zamawiającego takiego charakteru nie wykazał również sam Odwołujący, który nie przytoczył żadnych okoliczności wskazujących na to, że wymaganie Zamawiającego uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu i w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

5

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem i przedłożonej w oryginale w toku rozprawy do wglądu Izby. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzuty postawione w odwołaniu Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił stawianych Zamawiającemu zarzutów, w szczególności nie wykazał w jaki sposób Zamawiający poprzez zamieszczenie wymogu zastosowania wielowarstwowej architektury aplikacji z użyciem tzw. "cienkiego klienta" np. przeglądarki internetowej i wykluczenia interfejsów tekstowych w opisie przedmiotu zamówienia, ograniczył uczciwą

konkurencję.

Przed wszystkim podkreślenia wymaga, iż Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż nie kwestionuje zaproponowanego przez Zamawiającego rozwiązania. Odwołujący oświadczył jednak, iż Zamawiający pomylił pojęcie budowy oprogramowania z technologią uruchamiania w danym środowisku. Zdaniem Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Odwołujący nie wykazał, jakie są ewentualne konsekwencje takiej pomyłki Zamawiającego i w jaki sposób taka pomyłka może ograniczać uczciwą konkurencję i uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty. Zarzut *Odwołującego jest tym mniej wiarygodny, iż Odwołujący jednoznacznie oświadczył, że przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie nie jest przez Odwołującego kwestionowane.*

6

Odwołujący nie wykazał również, że rozwiązanie wymagane przez Zamawiającego jest rozwiązaniem na tyle unikalnym i niepowtarzalnym, że wymaganie jego zastosowania ogranicza uczciwą konkurencję.

Jednocześnie skład orzekający Izby dał wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego złożonym na rozprawie (którym to wyjaśnieniom pełnomocnik Odwołującego nie zaprzeczył), iż wymagane przez Zamawiającego oprogramowanie jest rozwiązaniem stosowanym powszechnie i nie ogranicza konkurencji.

Ponadto jak wynika z informacji na stronie internetowej Odwołującego, Odwołujący oferuje oprogramowanie wielowarstwowe, którego warstwa prezentacji ukierunkowana jest na wykorzystanie przeglądarki internetowej. Oznacza to, że wymagane przez Zamawiającego oprogramowanie nie jest oprogramowaniem unikatowym, lecz stosowanym na rynku, nie można tu zatem mówić o utrudnieniu dostępu do zamówienia innym podmiotom i poprzez to ograniczeniu uczciwej konkurencji. Co więcej, z informacji zawartych na stronie internetowej Odwołującego wynika, że potencjalnie może on złożyć ofertę zgodną z wymogami Zamawiającego zawartymi w ogłoszeniu.

Skład orzekający Izby uznał za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego, w których podkreślił on, iż wymagane rozwiązanie stanowi kontynuację wcześniej przyjętych rozwiązań i posiadanych systemów. W ocenie składu orzekającego Izby postawienie przez Zamawiającego wymogu zgodności zaproponowanych rozwiązań z rozwiązaniami już funkcjonującymi u Zamawiającego jest zgodne z interesem Zamawiającego. Jednocześnie wobec faktu, iż jak podniósł Zamawiający (i nie zaprzeczył temu Odwołujący), rozwiązania te powszechnie występują na rynku, postawienie takich wymogów nie narusza ani zasady uczciwej konkurencji, ani interesu publicznego.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone we wcześniejszym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 547/09) oraz wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 4 kwietnia 2003 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-348/03), zgodnie z którymi Zamawiający uprawniony jest do takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwia otrzymanie przez Zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego potrzebom. W przypadku, gdy potrzeby Zamawiającego są obiektywnie uzasadnione (a tak w ocenie składu orzekającego Izby jest w niniejszym przypadku), Zamawiający uprawniony jest do wprowadzenia wymogów, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców, jednakże zawężenie to następuje nie w celu preferowania określonego wykonawcy, ale w celu uzyskania produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom Zamawiającego.

7

Mając powyższe na uwadze, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....