

WYROK

z dnia 5 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 września 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **19 września 2011 r.** przez **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Specjalistyczny im. dr J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, ul. dr J. Babińskiego 29, 30-393 Kraków**,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie zmian ogłoszenia o zamówieniu oraz modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisanym w uzasadnieniu wyroku.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Szpital Specjalistyczny im. dr J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, ul. dr J. Babińskiego 29, 30-393 Kraków.**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Szpitala Specjalistycznego im. dr J. Babińskiego**

Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Krakowie, ul. dr J. Babińskiego 29, 30-393 Kraków na rzecz odwołującego: **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin**, kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Szpital Specjalistyczny im. dr J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, ul. dr J. Babińskiego 29, 30-393 Kraków (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i instalację sprzętu i wyposażenia IT, systemu zabezpieczeń oraz przeprowadzenie szkoleń.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zmiana ogłoszenia o zamówieniu została opublikowana w dniu 13 września 2011 r. natomiast zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz” lub „specyfikacja”) została udostępniona wykonawcom w dniu 9 września 2011 r.

W dniu 19 września 2011 r. CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin (dalej: „CompuGroup” lub „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu wykonania czynności nakazanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r. o sygn. akt KIO 1556/11 tj. nie wprowadzenia zmian dopuszczających dostarczenie systemów medycznych równoważnych do systemu ESKULAP z jednoczesnym sprecyzowaniem wymaganych funkcjonalności dla zamawianego systemu medycznego,
- 2) wprowadzeniu zmian specyfikacji i ogłoszenia o zamówieniu w formie postanowień określających kryteria równoważności systemów medycznych oraz konieczność dostarczenia próbki systemu równoważnego, które są niekompletne i powodują naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący ww. czynnościom zarzucam naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1-3 w związku z art. 192 ust. 3 pkt. 1 i ust. 2 Pzp poprzez:

1. wprowadzenie zmian w ogłoszeniu oraz w specyfikacji, które uniemożliwiają zaferowanie systemu medycznego innych dostawców, niż dostawcy systemu medycznego ESKULAP, ponieważ dotyczą możliwości dostarczenia modułów wraz

licencjami systemu medycznego równoważnego do systemu ESKULAP (pkt. 2.1.1 siwz oraz pkt. 2.1.1 ogłoszenia), co jednak nie odnosi się do modułów Ruch Chorych, Rejestracja do Poradni, Rozliczenia z Płatnikami, Apteka, Apteczka Oddziałowa, co jest równoznaczne z zaniechaniem wykonania czynności nakazanej w pkt. 2.1 ww. wyroku Izby;

2. określenie kryteriów równoważności systemów w sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, a także w sposób niekompletny poprzez:

a) wprowadzenie wymogu dostarczenia systemu równoważnego będącego produktem gotowym co uniemożliwia spełnienie wymogów równoważności dotyczących zapewnienia jednolitego interfejsu, jednorodnej bazy danych, dostępu do zgromadzonych danych oraz zachowania modyfikacji wprowadzonych do posiadanego przez zamawiającego systemu ESKULAP, albowiem wymogi te mogą być spełnione jedynie na etapie wdrożenia (siwz pkt. 10a.1 siwz);

b) wprowadzenie wymogu, aby dostarczany system równoważny oraz system medyczny dotychczas działający u zamawiającego korzystały z jednorodnej bazy danych, a także żeby dostarczona próbka działała na motorze bazy danych obecnie funkcjonującym u zamawiającego w sytuacji, gdy zamawiający nie udostępnia ani informacji na temat bazy danych, a także nie zapewnia dostępu do tej bazy, co uniemożliwia ocenę wymagań koniecznych do zapewnienia wymaganej jednorodności jak i przygotowania samej bazy do próbki, która musi zostać zaimplementowana w próbce żądanej przez zamawiającego (pkt. 10a.3, poz. 1 tabeli „Zakres funkcjonalny systemu medycznego, który będzie podlegał weryfikacji przez Zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert”)

c) wprowadzenie wymogu, aby dostarczany system równoważny był w pełni zgodny pod względem funkcjonalnym i technicznym z użytkowanymi przez zamawiającego modułami systemu ESKULAP bez precyzyjnego określenia technicznych warunków tej zgodności i jedynie przykładowe wyszczególnienie jej cech obejmujących m.in. konieczność:

- zapewnienia jednolitego sposobu wprowadzania danych za pomocą jednego interfejsu - bez podania danych koniecznych do spełnienia tego warunku tj. bez wskazania opisu istniejących interfejsów, lub zapewnienia dostępu do kodów źródłowych funkcjonującego oprogramowania w celu wykonania wymaganych interfejsów, jak również bez zapewnienia wsparcia ze strony producenta oprogramowania ESKULAP w trakcie opracowania tych interfejsów, przez co warunek jednolitości interfejsów może spełnić wyłącznie dostawca systemu ESKULAP (pkt. 10a. 4 lit. a siwz);

- zapewnienia pełnego wykorzystania i dostępu do danych zgromadzonych w obecnie funkcjonującym systemie ESKULAP, bez zapewnienia wykonawcom innym niż dostawca systemu ESKULAP dostępu do danych zgromadzonych w systemie ESKULAP oraz bez podania danych technicznych koniecznych do spełnienia tego warunku, co powoduje, iż warunek ten może spełnić jedynie dostawca systemu ESKULAP (pkt. 10a.4 lit b siwz);
- zapewnienia jednego modułu/aplikacji systemu medycznego do prowadzenia sprawozdawczości i rozliczeń NFZ, co przy braku możliwości wymiany funkcjonującego u zamawiającego modułu „Rozliczenia z płatnikami” oznacza konieczność zaoferowania systemu medycznego ESKULAP (pkt. 10a.4 lit. d siwz);
- zachowania wszelkich modyfikacji i zmian, które dostosowały obecnie wykorzystywany przez zamawiającego system medyczny do wymogów NFZ i specyfiki pracy zamawiającego, w sytuacji gdy zamawiający nie przedstawi żadnych informacji na temat zakresu, ilości i rodzaju wprowadzonych modyfikacji, które to informacje dostępne są jedynie dotychczasowemu dostawcy systemu medycznego ESKULAP, działającego u zamawiającego (pkt. 10a.4 lit. g siwz) co powoduje, iż opisane przez zamawiającego kryteria równoważności nie są możliwe do spełnienia przez żadnego z dostawców systemów innych niż system ESKULAP, co prowadzi do niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim narusza zasady uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu dokonanie zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji:

- 1) umożliwiających innym dostawcom zaoferowanie rozwiązań systemu medycznego równoważnego do systemu ESKULAP, w zakresie wszystkich modułów objętych zamówieniem;
- 2) wykreślenie z ogłoszenia i z siwz kryteriów równoważności, określonych w sposób sprzeczny z Pzp i opisanych w pkt. 10a.4 lit. a-b, d,g ogłoszenia oraz siwz.

W uzasadnieniu odwołania CompuGroup podnosił, że w wyroku z dnia 2 sierpnia 2011 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1556/11, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu dokonanie zmian w ogłoszeniu oraz modyfikacji siwz w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia przez dopuszczenie w ramach dostarczenia zintegrowanego informatycznego systemu do zarządzania usługami dla pacjentów równoważnych dla systemu ESKULAP systemów medycznych z jednoczesnym sprecyzowaniem wymaganych

funkcjonalności systemu medycznego (pkt .2.1 wyroku). Izba stwierdziła, iż postanowienia ogłoszenia oraz opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu naruszają art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 i 3 Pzp podnosząc w uzasadnieniu, iż posłużenie się nazwą własną w opisie przedmiotu zamówienia możliwe jest wyłącznie wówczas gdy nie można go opisać w inny sposób. Użycie nazw własnych jest zaś dopuszczalne jedynie w razie dopuszczenia możliwości zaoferowania systemu równoważnego. Żądanie rozbudowy konkretnego systemu tj. systemu ESKULAP Izba uznała za naruszenie zasad uczciwej konkurencji, albowiem działanie takie eliminuje z uczestnictwa w przetargu wykonawców, którzy mogliby zaoferować inny produkt spełniający wymagania i funkcjonalności opisane w dokumentacji przetargowej.

Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2011 r. udzielił wyjaśnień do treści siwz, z których wynikało, iż w zakresie modułów systemu medycznego dotychczas posiadanych przez zamawiającego, wymaga on „rozszerzenia licencji”, co należy interpretować jako zakup dodatkowych licencji systemu medycznego ESKULAP. Wynika to także z innych udzielonych wcześniej odpowiedzi. W dniu 26 sierpnia 2011 r. zamawiający wyjaśnił bowiem dodatkowo, że nie dopuszcza wymiany istniejącego systemu medycznego (pytanie nr 1), a w dniu 31 sierpnia 2011 r. wskazał, iż oczekuje objęcia serwisem i wdrożeniem wszystkich aplikacji wymienionych w tabeli nr 2 siwz (pytanie nr 3). W ślad za tymi wyjaśnieniami zamawiający w dniach 13 września 2011 r. i 9 września 2011 r. dokonał zmian w treści ogłoszenia oraz w siwz wprowadzając następujący opis przedmiotu zamówienia (pkt. 2.1.1):

„2. W ramach przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązuje się do:

2.1. dostarczenia oprogramowania do zarządzania, w tym:

2.1.1. zwiększenia ilości licencji lub stanowisk roboczych w zakresie dotychczas użytkowanych przez zamawiającego modułów systemu medycznego Eskulap i dostarczenia nowych modułów systemu medycznego ESKULAP (wraz ze wskazanymi przez zamawiającego licencjami) - zgodnie z tab. 2. specyfikacji technicznej(stanowiącej zał. 2a do siwz) lub dostarczenia modułów wraz z licencjami równoważnego systemu medycznego - zgodnie z tab. 2. specyfikacji technicznej stanowiącej zał. 2a do siwz), - tworzących kompleksowy system medyczny". Jednocześnie zamawiający zmodyfikował tabelę nr 2 załącznika nr 2a do siwz zawierającą wykaz dostarczanych modułów rozróżniając liczbę licencji/instalacji stanowiskowych dostarczanych w ramach zamówienia oraz docelową liczbę takich licencji. Powyższa zamiana wskazuje, iż zgodnie z odpowiedzią udzieloną w dniu 31 sierpnia 2011 r. zakresie modułów: Ruch Chorych, Rejestracja do Poradni, Apteka, Apteczka Oddziałowa oraz Rozliczenia z Płatnikami - zamawiający oczekuje dostarczenia systemu medycznego ESKULAP.

W ocenie Odwołującego wprowadzenie obowiązku „rozszerzenia licencji” w praktyce wyłącza możliwość zaoferowania systemu równoważnego. Zamawiający dysponuje obecnie systemem medycznym ESKULAP. Zamówienie dotyczy m.in. zakupu systemu medycznego, którego funkcjonalność częściowo pokrywa się z funkcjonalnością systemu ESKULAP.

Rozszerzenie licencji w przypadku modułów już posiadanych musi się więc łączyć z zawarciem umowy licencyjnej z producentem lub dystrybutorem systemu ESKULAP. To zaś oznacza, iż wymóg postawiony przez zamawiającego narusza uczciwą konkurencję. Dodatkowo zaś stoi w sprzeczności z nakazem zawartym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r. Tym samym, w ocenie odwołującego, działanie zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2-3 Pzp w związku z art. 192 ust. 2-3 Pzp.

Odnosnie drugiego z postawionych zarzutów odwołujący wskazywał, iż kryteria równoważności systemów medycznych zamawiający określił w sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, a także w sposób niekompletny. Zamawiający w pkt. 10a siwz dodanym w dniu 9 września 2011 r. określając kryteria w równoważności systemu medycznego w ppkt. 1 podał, że system medyczny musi być rozwiązaniem gotowym. Modyfikowanie systemu dozwolone jest jedynie w celu przystosowania go do specyfiki i potrzeb zamawiającego. Nie dopuszcza się natomiast możliwości tworzenia systemu od podstaw w ramach wdrożenia. Jednocześnie zamawiający w ppkt. 3 wymaga, aby system posiadany i system równoważny działały na jednorodnej bazie danych. W ppkt. 4 zamawiający żąda, aby system równoważny był w pełni zgodny pod względem funkcjonalnym i technicznym z systemem ESKULAP, a w szczególności zapewniał wprowadzanie danych za pomocą takiego samego interfejsu (ppkt. 4 lit. a), dostęp do danych zgromadzonych w systemie ESKULAP (ppkt 4 lit. b) oraz zachowanie modyfikacji i zmian, dostosowujących system ESKULAP do wymagań zamawiającego (ppkt 4 lit. g).

Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, iż już na etapie składania ofert wykonawca oferujący musi dysponować gotowym systemem medycznym spełniającym te wymagania. Zamawiający wymaga bowiem dostarczenia próbki systemu, której funkcją ma być weryfikacja kryteriów równoważności. Tymczasem parametry równoważności odwołują się do cech systemu ESKULAP bliżej niezdefiniowanych, ani nie opisanych. Wykonawcy nie otrzymują bowiem żadnych danych na temat interfejsów systemu ESKULAP, struktur baz danych tego systemu, a już tym bardziej na temat zmian wprowadzonych do tego systemu. Nie ma więc żadnej fizycznej możliwości zaoferowania systemu równoważnego ponieważ żaden z wykonawców - oprócz dotychczasowego dostawcy systemu ESKULAP - nie dysponuje informacjami koniecznymi do zdefiniowania systemu równoważnego. Żaden z wykonawców nie może też dysponować takim systemem już na etapie składania ofert.

Wymóg dostarczenia systemu gotowego przy opisanych wyżej kryteriach równoważności powoduje więc, iż żaden z wykonawców nie będzie mógł zaoferować systemu równoważnego z uwagi na poniższe:

- Zamawiający nie udostępnia bowiem informacji na temat bazy danych (w szczególności dotyczących rodzaju, wersji, szczegółowej struktury bazy danych), a także nie zapewnia dostępu do tej bazy, co uniemożliwia ocenę wymagań

koniecznych do zapewnienia wymaganej jednorodności, która musi zostać zaimplementowana w próbce żądanej przez zamawiającego. Dodatkowo zamawiający żąda aby dostarczona próbka systemu równoważnego działała na motorze bazy danych systemu ESKULAP, co przy braku możliwości dostępu do tej bazy, a także przy braku jakichkolwiek informacji technicznych uniemożliwia spełnienie tego warunku przez jakiegokolwiek innego dostawcę niż dostawca systemu ESKULAP.

- Kryteria zgodności funkcjonalnej nie zostały opisane w sposób wyczerpujący, albowiem zamawiający zawarł w siwz jedynie przykładowe wyszczególnienie tych kryteriów. Zaś te które zamawiający wyszczególnił zostały opisane w sposób szczątkowy.
- Zamawiający wymaga zapewnienia jednolitego interfejsu nie dokonując żadnego opisu istniejących interfejsów, ewentualnie nie zapewniając dostępu do kodów źródłowych funkcjonującego oprogramowania w celu wykonania wymaganych interfejsów. Zamawiający nie zapewnia też współpracy producenta oprogramowania ESKULAP w trakcie opracowania tych interfejsów, przez co warunek jednolitości interfejsów może spełnić wyłącznie dostawca systemu ESKULAP. W ocenie odwołującego powyższe stanowi istotny brak opisu przedmiotu zamówienia, który narusza uczciwą konkurencję. Odwołujący podkreśla również, że niemożliwym jest zapewnienie jednolitości interfejsów pomiędzy konkurencyjnymi systemami już w próbce, której wymaga zamawiający w celu weryfikacji kryteriów równoważności. Żaden z wykonawców nie ma również gwarancji, iż producent systemu ESKULAP kiedykolwiek zapewni współpracę konieczną do wykonania tych interfejsów.
- Zamawiający wymagał również zapewnienia w systemie równoważnym dostępu do danych zgromadzonych w systemie ESKULAP. Jednak w opinii odwołującego zamawiający ponownie nie zapewnia jednak wykonawcom innym niż dostawca systemu ESKULAP dostępu do danych zgromadzonych w systemie ESKULAP oraz nie podaje danych technicznych koniecznych do spełnienia tego warunku, co powoduje, iż warunek ten może spełnić jedynie dostawca systemu ESKULAP. Niemożliwym jest również spełnienie tego wymogu w próbce dostarczanej zamawiającemu.

Odwołujący podnosił, że szczególnie jaskrawym naruszeniem ustawy jest jednak wymóg zachowania w systemie równoważnym wszelkich modyfikacji i zmian, które dostosowały obecnie wykorzystywany przez zamawiającego system medyczny do wymogów NFZ i specyfiki pracy zamawiającego. Zamawiający nie przedstawia jednak żadnych informacji na temat zakresu, ilości i rodzaju wprowadzonych modyfikacji, które to informacje dostępne są jedynie

dotychczasowemu dostawcy systemu medycznego ESKULAP, działającego u zamawiającego. Powyższe powoduje, iż opisane przez zamawiającego kryteria równoważności nie są możliwe do spełnienia przez żadnego z dostawców systemów innych niż system ESKULAP, co prowadzi do niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim narusza zasady uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, tj. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2-3 Pzp.

Dodatkowo odwołujący wskazywał, iż wymóg zapewnienia jednego modułu/aplikacji systemu medycznego do prowadzenia sprawozdawczości i rozliczeń NFZ, przy braku możliwości wymiany funkcjonującego u zamawiającego modułu - Rozliczenia z płatnikami oznacza konieczność zaoferowania systemu medycznego ESKULAP.

W dniu 19 września 2011 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Pismem z dnia 27 września 2011 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie. Z treści ww. pisma wynika wprost, że zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności postanowienia ogłoszenia, specyfikacji oraz treść wyjaśnień oraz zmian ww. dokumentów zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Ogłoszenie oraz specyfikacja, jak dowodził odwołujący zawierają postanowienia naruszające przepisy ustawy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców lub w ogóle uniemożliwić złożenie oferty. Wobec powyższego działanie zamawiającego narusza interes odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i

związanego z tym wynagrodzenia.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 i 3 w związku z art. 192 ust. 2-3 Pzp, poprzez preferowanie konkretnego produktu – systemu medycznego ESKULAP oraz utrudnianie innym potencjalnym wykonawcom możliwości pozyskania zamówienia w kontekście zaniechania wykonania czynności nakazanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r. o sygn. akt KIO 1556/11, poprzez nie wprowadzenie zmian dopuszczających dostarczenie systemów medycznych równoważnych do systemu ESKULAP. Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia wskazanych powyżej przepisów nie potwierdziły się.

Bezspornym jest, że zamawiający wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r. o sygn. akt KIO 1556/11 dokonał zamiany treści ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji w ten sposób, że w opisie przedmiotu zamówienia zamiast stwierdzenia, „2. przedmiot zamówienia składa się z następujących elementów: 2.1 dostarczenia oprogramowania do zarządzania w tym: 2.1.1. rozszerzonego systemu ESKULAP, (...)” sformułował: „2. w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązuje się do 2.1 dostarczenia oprogramowania do zarządzania w tym: 2.1.1. zwiększenia ilości licencji lub stanowisk roboczych w zakresie dotychczas użytkowanych przez zamawiającego modułów systemu medycznego ESKULAP i dostarczenia nowych modułów systemu medycznego ESKULAP (wraz ze wskazanymi przez zamawiającego licencjami) – zgodnie z tab.2 specyfikacji technicznej (stanowiącej załącznik 2a do siwz) lub dostarczenie modułów wraz z licencjami równoważnego systemu medycznego zgodnie z tab.2 specyfikacji technicznej (stanowiącej załącznik 2a do siwz) – tworzących kompleksowy system medyczny”.

Z powyższego wynika wprost, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w ramach rozbudowy systemu medycznego funkcjonującego u zamawiającego mogą zaoferować dostarczenie nowych modułów systemu medycznego ESKULAP wraz ze wskazanymi przez zamawiającego licencjami lub też dostarczyć moduły wraz z licencjami równoważnego systemu medycznego. Jednakże zastosowanie zarówno pierwszego jak i drugiego z przedstawionych rozwiązań musi wiązać się uzyskaniem finalnego produktu jakim jest stworzenie kompleksowego systemu medycznego, który ma być użytkowany przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę, niniejsze nie można mówić o zaniechaniu zamawiającego dotyczącym nie wykonania czynności nakazanej przywoływanym wcześniej wyrokiem, w którym to Izba nakazała zamawiającemu wprowadzenie określonych zmian w siwz i w ogłoszeniu o zamówieniu.

Istotą sporu jest odpowiedź na pytanie, czy zmiany wprowadzone przez zamawiającego w zacytowanym powyżej kształcie naruszają regulacje zawarte w art. 29 ust. 2 Pzp ? Zdaniem Izby w rozpoznawanym przypadku należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem, prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem ale i prawem zamawiającego. Celem przyznania zamawiającemu przez ustawodawcę uprawnień w zakresie możliwości precyzowania cech przedmiotu zamówienia jest ochrona jego zobiektywizowanego interesu. Tym samym zamawiający uprawniony jest do takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwi otrzymanie przez zamawiającego produktu 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.

Faktem szczególnie istotnym dla sprawy jest, że obecnie zamawiający posiada system medyczny ESKULAP. Z ustaleń Izby wynika, co potwierdził również zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, że jednym z elementów przedmiotowego postępowania jest jedynie rozbudowa istniejącego systemu medycznego użytkowanego przez zamawiającego, a nie wymiana czy też zakup nowego systemu. W kontekście powyższego oczywistym jest, że zamawiający posiadając określony system medyczny, który ma być poszerzony o pewne elementy (moduły), formułuje określone wymagania z uwzględnieniem użytkowanego systemu. Wobec tego w ocenie Izby uzasadnione jest skonstruowanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia odnoszącego się do rozbudowy systemu z uwzględnieniem wymagań dotyczących obecnie użytkowanego przez zamawiającego systemu medycznego. Tym samym niewątpliwym jest, że w przypadku, gdy wykonawca zaoferuje moduły innego systemu niż ESKULAP, mają one spełniać kryterium równoważności w stosunku do posiadanego przez zamawiającego systemu medycznego ESKULAP.

Izba podkreśla, że okoliczność, jaką wskazywał odwołujący na rozprawie, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wszystkich wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji. W celu udowodnienia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, odwołujący winien był wykazać, że wymagania określone w siwz nie wynikają ze zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego, a oczekiwania co do parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał ponad wszelką wątpliwość, że przez takie

sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia wskazane zarówno w siwz oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, nie było uzasadnione potrzebami zamawiającego i powodowały nierówne traktowanie wykonawców, naruszały uczciwą konkurencję i uniemożliwiały bądź utrudniały dostęp do zamówienia publicznego. Co więcej, podczas rozprawy odwołujący oświadczył, że nigdy nie twierdził, że integracja z istniejącym systemem nie jest możliwa i podkreślił, że jest to jedynie kwestia dobrania odpowiednich rozwiązań, czasu oraz kosztów.

W ocenie Izby, w zaistniałych okolicznościach sporu, postawienie wymagania aby w ramach przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do systemu medycznego, wykonawca dostarczył oprogramowanie do zarządzania, w tym zwiększył ilości licencji lub stanowisk roboczych w zakresie dotychczas użytkowanych przez zamawiającego modułów systemu medycznego ESKULAP i dostarczył nowe moduły systemu medycznego ESKULAP (wraz ze wskazanymi przez zamawiającego licencjami) lub dostarczył moduły wraz z licencjami równoważnego systemu medycznego, jest podyktowane obiektywną potrzebą zamawiającego i jest w pełni uzasadnione. W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba nie dopatrzyła się również, naruszenia art. 29 ust. 3 Pzp.

Następnie Izba rozpoznała kolejne zarzuty odnoszące się do kryteriów równoważności systemów medycznych określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji i stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 7 ust 1 Pzp, art. 29 ust. 1 -3 Pzp potwierdziły się.

Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i siwz (pkt. 10a) w poszczególnych punktach zamawiający sprecyzował, że dopuszcza możliwość złożenia ofert równoważnych i pod tym pojęciem rozumie ofertę złożoną na system medyczny, który spełnia określone warunki zgodności, tj.:

1. System medyczny musi być rozwiązaniem gotowym. Modyfikowanie systemu dozwolone jest jedynie w celu przystosowania go do specyfiki i potrzeb Zamawiającego. Nie dopuszcza się możliwości tworzenia systemu od podstaw w ramach wdrożenia.
3. Zamawiający wymaga by docelowo stworzony system medyczny, w oparciu o moduły systemu medycznego posiadanego przez zamawiającego oraz moduły dostarczone i wdrożone przez wykonawcę, korzystał z jednorodnej bazy danych ze względu na konieczność zapewnienia jednolicie wysokiego bezpieczeństwa gromadzonych wrażliwych danych medycznych oraz ich spójności.
4. Pełna zgodność funkcjonalno – techniczna z dotychczas użytkowanymi przez Zamawiającego modułami systemu medycznego, tj. w szczególności:
 - a) zapewnienia jednolitego sposobu wprowadzania danych za pomocą jednego interfejsu,

- b) zapewnienia pełnego wykorzystania i dostępu do danych zgromadzonych w obecnie funkcjonującym u Zamawiającego systemie medycznym,
- d) zapewnienia jednego modułu/aplikacji systemu medycznego do prowadzenia sprawozdawczości i rozliczeń NFZ,
- g) zachowanie wszelkich modyfikacji i zmian, które dostosowały obecnie wykorzystywany przez zamawiającego system medyczny do wymogów NFZ i specyfiki pracy zamawiającego np. stworzone słowniki, raporty (w tym raport MZ).

Zamawiający wskazał, że ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na wykonawcy, który dołączy próbkę systemu medycznego w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zamawiający żądał załączenia do oferty próbki oferowanego systemu medycznego, umożliwiającej weryfikację oferowanej funkcjonalności wg zamieszczonej przez zamawiającego tabeli (w siwz). W ramach oferty wykonawca dostarczyć ma próbkę systemu medycznego w postaci:

- a) oprogramowania aplikacyjnego zainstalowanego na swoim sprzęcie (np. przenośnym komputerze > notebooku) jako w pełni działające i skonfigurowane oprogramowanie aplikacyjne oraz
- b) oraz kopii oprogramowania aplikacyjnego wskazanego w pkt. a) – na nośniku przenośnym (DVD).

Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zaproszenia wykonawcy w trakcie badania i oceny oferty, aby dokonał prezentacji/demonstracji oferowanego oprogramowania aplikacyjnego zainstalowanego na dostarczonej próbce, w celu weryfikacji faktycznie oferowanej funkcjonalności systemu medycznego według określonego scenariusza. Próbka aplikacji ma być zasilona anonimowymi danymi, tak by prezentacja/demonstracja mogła się odbyć na konkretnych przykładach.

Wskazać należy, że z treści art. 29 ust. 1 Pzp wprost wynika zobowiązanie zamawiającego do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Izby obowiązkowi temu uchybił zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób niepełny i niewystarczający ponieważ w opisie sporządzonym na potrzeby przedmiotowego postępowania brak jest podstawowych informacji, które mają istotny wpływ na kształt składanej oferty.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na nieprawidłowe określenie przez zamawiającego jedynie przykładowego katalogu elementów mających zapewnić pełną zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia pod względem funkcjonalno – technicznym z dotychczas użytkowanymi przez zamawiającego modułami systemu medycznego. Za błędne należy uznać działanie zamawiającego, który dokonując tego rodzaju opisu posłużył się sformułowaniem „w szczególności”, które przesądza o tym, że wymienione w opisie elementy mają jedynie charakter przykładowy. Izba podkreśla, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni posiadać pełną wiedzę na temat oczekiwań zamawiającego w zakresie zgodności pod względem funkcjonalno – technicznym z dotychczas użytkowanymi przez zamawiającego modułami systemu medycznego. Wobec tego takie działanie zamawiającego należy uznać za naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

Zgodzić się należy również z odwołującym, który podnosił, że parametry równoważności wskazane przez zamawiającego odwołują się do cech systemu ESKULAP, jednak nie zostały bliżej niezdefiniowane ani nie opisane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu czy też w specyfikacji. Z treści ww. dokumentów nie wynikają bowiem istotne dla wykonawców dane dotyczące: interfejsów systemu ESKULAP, struktur baz danych tego systemu a przede wszystkim zmian wprowadzonych do systemu medycznego posiadanego przez zamawiającego. W związku z tym oczywistym jest, że wykonawcy nie mają możliwości zaoferowania systemu równoważnego, ponieważ żaden z wykonawców - oprócz dotychczasowego dostawcy systemu ESKULAP - nie dysponuje informacjami koniecznymi do ustalenia czy oferowanym przedmiot zamówienia jest systemem równoważnym. Tym samym, żaden z wykonawców nie może dysponować takim systemem już na etapie składania ofert. Należy również zwrócić uwagę, na fakt, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia posłużył się stwierdzeniem - „System medyczny musi być rozwiązaniem gotowym”. Biorąc pod uwagę braki w opisie przedmiotu zamówienia, wprowadzenie ww. wymogu uniemożliwia złożenie oferty z wykorzystaniem rozwiązań równoważnych, ponieważ wykonawcy nie posiadają danych mających na celu zapewnienie jednolitego interfejsu, jednorodnej bazy danych, dostępu do zgromadzonych danych oraz zachowania modyfikacji wprowadzonych do posiadanego przez zamawiającego systemu ESKULAP. Tym samym biorąc pod uwagę powyższe uwarunkowania, omawiane wymagania zamawiającego mogłyby być spełnione nie wcześniej niż na etapie wdrożenia systemu.

Nie sposób zgodzić się z zamawiającym, który podczas rozprawy wyjaśniał, że wskazał zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w specyfikacji jakim systemem medycznym dysponuje, zatem to na wykonawcach ubiegających się o udzielenie zamówienia spoczywa obowiązek uzyskania szczegółowych informacji o systemie od jego producenta. Nie budzi

wątpliwości, co przyznał również zamawiający i odwołujący podczas rozprawy, że tego rodzaju systemy charakteryzują się daleko idącą indywidualizacją i są dostosowywane do specyficznych potrzeb danej placówki. Z tego rodzaju sytuacją mamy do czynienia również w tym, przypadku, co przyznał zamawiający wskazując, że szpital jest specjalistyczną placówką leczniczą, zatem zakupiony przez niego system medyczny ESKULAP, który jest rozwiązaniem gotowym, tj. tzw. "z pudełka" został zmieniony i dostosowany do specyficznych wymagań zamawiającego. Zamawiający wyjaśniał także, że większość, tj. około 99% tego rodzaju zmian zostało uwzględnionych w tabeli, która ma służyć ocenie ofert – pkt. 5 b, c, pkt. 9, pkt. 18, pkt. 20, pkt. 10, pkt. 6 tabeli. Izba uznała wyjaśnienia zamawiającego za niewystarczające w szczególności, iż obowiązkiem zamawiającego jest zawarcie w siwz wszystkich niezbędnych do sporządzenia oferty informacji, a nie wybiórcze ich wyselekcjonowanie. Ponadto, należy wskazuje, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp opis przedmiotu zamówienia winien być jednoznaczny i wyczerpujący. Tym samym nie może pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też dowolności interpretacji wykonawców składających oferty w postępowaniu. Zdaniem Izby oczywistym jest, że zamawiający winien w sposób jasny, klarowny i wyczerpujący przekazać wiedzę o posiadanym systemie medycznym w celu zagwarantowania możliwości jego rozbudowy wykonawcom, którzy w złożonej ofercie chcą posłużyć się rozwiązaniami równoważnymi w stosunku do posiadanego przez zamawiającego systemu ESKULAP. Brak tego rodzaju informacji należy uznać za zaniechanie zamawiającego prowadzące do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Konsekwencją naruszenia ww. przepisów Pzp jest dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję co wprost prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp.

W zakresie wymogu zapewnienia jednego modułu/aplikacji systemu medycznego do prowadzenia sprawozdawczości i rozliczeń NFZ zarzuty odwołującego Izba uznała za chybione. Z zapisu siwz oraz ogłoszenia, w którym podano - „zapewnienia jednego modułu/aplikacji systemu medycznego do prowadzenia sprawozdawczości i rozliczeń NFZ” - w ocenie Izby nie sposób wywieść, że skoro zamawiający do tej pory korzystał w tym zakresie z systemu ESKULAP, to dopuszczalne jest dalsze zastosowanie tylko i wyłącznie tego systemu. W rozpoznawanej kwestii Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i podzieliła prezentowane przez niego stanowisko, że aplikacja rozliczeniowa ma charakter systemu otwartego. NFZ w tym zakresie wymaga od zamawiającego prowadzenia odpowiedniej numeracji oraz archiwizacji danych, tym samym zamawiający zobligowany jest do korzystania z jednego narzędzia w tym zakresie. Jednak zapisy zarówno siwz jaki i ogłoszenia o zamówieniu nie wskazują, że zamawiający będzie korzystał wyłącznie z

modułu/aplikacji w systemie ESKULAP. Co więcej zamawiający wskazał, że być może w zakresie prowadzenia sprawozdawczości i rozliczeń z NFZ będzie korzystał z modułu/aplikacji systemu medycznego równoważnego do systemu ESKULAP. Wobec tego rozwiązania zaoferowane w ramach systemu równoważnego muszą zapewniać kompatybilność obu systemów i możliwość korzystania z danych zawartych w systemie, którym obecnie dysponuje zamawiający. Zatem, zdaniem Izby, żądanie zamawiającego w powyższym zakresie należy uznać za w pełni słuszne i uzasadnione wymaganiami odnoszącymi się do prawidłowości sprawozdawczości i rozliczeń z NFZ.

Izba odniosła się również do stwierdzeń odwołującego dotyczących danych, które mają być zawarte w próbce oferowanego systemu medycznego, umożliwiającej weryfikację oferowanej funkcjonalności wg zamieszczonej przez zamawiającego tabeli (w siwz). Z treści siwz jak również ogłoszenia o zamówieniu wynika wprost, że to obowiązek załączenia do oferty próbki oferowanego systemu medycznego spoczywa na wykonawcy składającym ofertę. Zamawiający zastrzegł sobie jedynie możliwość zaproszenia wykonawcy w trakcie badania i oceny oferty, aby dokonał prezentacji/demonstracji oferowanego oprogramowania aplikacyjnego zainstalowanego na dostarczonej próbce, w celu weryfikacji faktycznie oferowanej funkcjonalności systemu medycznego według określonego scenariusza. Z powyższego należy wywieść, co potwierdził również zamawiający na rozprawie, że dostarczona przez wykonawcę próbka aplikacji ma być zasilona anonimowymi danymi właśnie przez wykonawcę, a nie przez zamawiającego. Zatem twierdzenia odwołującego, który podnosił, że dane do zładowania próbki będą pochodzić od zamawiającego w tym zakresie należy uznać za nieuprawnione i gołosłowne.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów: art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp – orzekła jak w sentencji.

Wykonując niniejszy wyrok Izby zamawiający zobowiązany jest uzupełnić i dookreślić opis przedmiotu zamówienia - zawarty zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w siwz - w odniesieniu do kryteriów równoważności systemów równoważnych do systemu medycznego ESKULAP. Zmiany mają polegać na szczegółowym określeniu, a nie przykładowym wyliczeniu elementów, które mają być zgodne pod względem funkcjonalno – technicznym z dotychczas użytkowanymi przez zamawiającego modułami systemu medycznego, a także podaniu niezbędnych informacji, w szczególności: na dokonaniu opisu istniejących u zamawiającego interfejsów, podaniu informacji na temat bazy danych m.in. określeniu rodzaju, wersji,

szczegółowej struktury bazy danych oraz zamieszczeniu informacji na temat zakresu, ilości i rodzaju wprowadzonych modyfikacji użytkowanego przez zamawiającego systemu ESKULAP. Dokonane zmiany opisu przedmiotu zamówienia muszą znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w całości dokumentacji przetargowej prowadzonego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł w oparciu o złożony podczas rozprawy rachunek.

Przewodniczący:

.....