

Sygn. akt: KIO 490/13

WYROK
z dnia 15 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2013 r. przez wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Nowodworskie Centrum Medyczne w Nowym Dworze Mazowieckim, ul. Miodowa 2, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Warszawa-Praga.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 490/13

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Nowodworskie Centrum Medyczne w Nowym Dworze Mazowieckim na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem zamówienia jest usługa - „Kompleksowa informatyzacja Nowodworskiego Centrum Medycznego w Nowym Dworze Mazowieckim”. Wykonawca, wnosząc odwołanie na postanowienia specyfikacji wprowadzone do SIWZ w wyniku wyjaśnień Zamawiającego udzielonych w dniu 22 lutego 2013 roku (Wyjaśnienia nr 3 treści SIWZ) w zakresie obejmującym odpowiedź na pytanie nr 17, w wyniku której Zamawiający zażądał dostarczenia systemu informatycznego składającego się z części szarej i części białej pochodzącego od jednego producenta, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na wprowadzenie obowiązku dostarczenia systemu informatycznego - w części szpitalnej (tzw. część biała w zakresie co najmniej ruchu chorych i rozliczeń z NFZ) oraz w części administracyjnej (tzw. część szara) - pochodzącego od jednego producenta. Zdaniem Odwołującego taki wymóg ogranicza uczciwą konkurencję oraz skutkuje nierównym traktowaniem wykonawców, albowiem takie rozwiązanie preferuje podmioty, które produkują oba wymienione wyżej rodzaje oprogramowania i wyklucza możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców, w sytuacji gdy wprowadzenie tego rodzaju warunków opiera się na nieprawdziwych przesłankach zasugerowanych Zamawiającemu przez autora pytania do SIWZ. Mając powyższe na uwadze wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian w treści SIWZ polegających na odstąpieniu od warunku dostarczenia części białej i części szarej systemu pochodzącej od jednego producenta i przywrócenie w tym zakresie brzmienia SIWZ sprzed zmiany dokonanej w dniu 22 lutego 2013 roku. W uzasadnieniu interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania podał, że wykonawca CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. W wyniku wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniu 22 lutego 2013 roku

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) otrzymała treść sprzeczną z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający wprowadził bowiem dyskryminujący warunek dotyczący pochodzenia od jednego producenta części białej i części szarej dostarczanego systemu. Powyższe stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Uchybienia te mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty w prowadzonym postępowaniu. Działanie Zamawiającego narusza więc interes CGM, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym zarobku. W uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie [Czy Zamawiający mając na uwadze lepszą pracę całego systemu oraz niższe koszty utrzymania systemu nie uważa, że część szara i część biała (przynajmniej w zakresie ruchu chorych i rozliczeń z NFZ) powinna pochodzić od jednego producenta?] wprowadził do siwz postanowienie tożsame z pytaniem - obie części powinny pochodzić od jednego producenta. Ukształtowane w ten sposób wymagania SIWZ mając charakter jednoznacznie dyskryminacyjny i w sposób istotny ograniczają konkurencyjność prowadzonego postępowania. Zamawiający wyłączył bowiem możliwość złożenia oferty przez podmioty lub konsorcja oferujące system składający się z części białej oraz części szarej różnych producentów. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem dostawy jest system informatyczny obejmujący system szpitalny, system laboratoryjny, system ERP, system BI (business intelligence). Zamawiający oczekuje również rozbudowy posiadanego systemu PACS firmy PIXEL Technology s.c. W pierwotnej treści SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby którekolwiek z części systemu pochodziły od tego samego producenta. Obecnie tj. po zmianach wprowadzonych w dniu 22 lutego 2013 roku tym wymogiem objął tylko fragment dostarczanego rozwiązania tj. system szpitalny (w minimalnym zakresie obejmującym tylko Ruch Chorych oraz Rozliczenia z NFZ) oraz system ERP (tzw. część szara). Oznacza to, że pozostałe elementy systemu tj. system laboratoryjny, system BI oraz system PACS nie muszą pochodzić od jednego producenta. Zdaniem wykonawcy Zamawiający wprowadzając kwestionowane postanowienia SIWZ poprzestał wyłącznie na sugestii autora pytania nr 17, który wskazał na rzekome korzyści wynikające z proponowanego rozwiązania (niższe koszty utrzymania oraz „lepsza praca systemu”). Sugestie te nie opierają się jednak na faktach, ale mają na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Zdaniem wykonawcy (...) Nie sposób bowiem zasadnie twierdzić, że pochodzenie od jednego producenta gwarantuje

„lepszą pracę systemu" (tym bardziej, że nie wiadomo, co to pojęcie ma właściwie oznaczać). Podobnie również nie ma gwarancji, że dostarczenie części systemu pochodzącej od jednego producenta obniży koszty utrzymania całości. Zamawiający pomija bowiem fakt, że w takiej sytuacji zostaje on uzależniony od jednego dostawcy i w efekcie będzie zmuszony ponosić wyższe koszty serwisu pogwarancyjnego. Odwołujący zwrócił również uwagę, że owa „lepsza praca systemu" oraz niższe koszty utrzymania nie będą dotyczyły pozostałych komponentów systemu. W kontekście nowych warunków SIWZ nie sposób traktować tego jednak jako zbieg okoliczności. Na rynku nie istnieje bowiem wykonawca produkujący wszystkie komponenty Zamawiającego systemu. Dla przykładu można wskazać, firmę ASSECO Poland S.A., która nie jest producentem systemów RIS/PACS, ale oferuje system HIS oraz system ERP. Tym samym wprowadzenie wymogu dotyczącego dostawy oprogramowania jednego producenta dotyczącego tylko fragmentu systemu ma wyłącznie charakter dyskryminujący i ma na celu wyeliminowanie z przetargu podmiotów konkurencyjnych. Wniosek ten jest zasadny tym bardziej, że kwestionowana zmiana została wprowadzona przez Zamawiającego wyłącznie na skutek sugestii autora pytania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W tym przypadku podał, że kwestionowane wymaganie ma obiektywne uzasadnienie, albowiem dostawa oprogramowania w części szarej i w części białej przez jednego producenta przyniesienie Zamawiającemu jako użytkownikowi wymierne korzyści w postaci: (1) niższych kosztów opieki serwisowej; (2) niższych kosztów administrowania i zarządzania systemem; (3) jednorodnej archiwizacji systemu; (4) jednolitości podmiotu upoważnionego do bezpośredniego kontaktu z Zamawiającym; (5) szybszym i jednolitym reagowaniu w przypadku usterek i awarii systemu; (6) szybszym wdrażaniu nowych wersji oraz aktualizacji systemu; oraz (7) sprawniejszy bieżący monitoring nad pracą całości systemu. Podał również, że korzyści otrzymania obu modułów od jednego Oferenta dają gwarancję ułatwień w zakresie serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego, szybkości działań w zakresie opieki powdrożeniowej, szkoleń, archiwizacji, indywidualnych kosztów komunikowania się. Stwierdził także, że przedmiotowe wymaganie jest możliwe do postawienia w przypadku realizacji części białej i części szarej w jednym etapie, gdyż wówczas następuje to bez naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1

ustawy Pzp. Wykonawca wskazał ponadto, że podobne zagadnienie było niedawno przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO. Wyrokiem z dnia 10 stycznia 2013 r. wydanym do sygn. akt: KIO 2721/12 KIO uznała, iż zastrzeżenie przez Zamawiającego wymogu, aby wprowadzenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego w części białej oraz w części szarej pochodziło od jednego producenta (oferenta) nie stanowi naruszania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. (vide: s. 23 uzasadnienia wyroku KIO z dnia 10 stycznia 2013 r.). W konkluzji powołując się na odpowiedź dotyczącą pytania nr 17 stwierdził, że od początku przedmiotem zamówienia była kompleksowa informatyzacja Nowodworskiego Centrum Medycznego, obejmująca swym zakresem zarówno część administracyjną (tzw. szarą), jak i sferę medyczną (tzw. białą) funkcjonowania tegoż szpitala. Poza tym Zamawiający od samego początku założył i oczekiwał, iż, przedmiotem zamówienia będzie oprogramowanie integrujące już w sobie zarówno część medyczną, jak i część administracyjną, a zatem kompleksowe rozwiązanie informatyczne, realizowane od podstaw. W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, a kryteria przyjęte przez Zamawiającego kryteria nie naruszają przepisów ustawy prawo zamówień publicznych wskazanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. W niniejszej sprawie Izba miała również na uwadze przepis art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl którego strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne, jednakże wnioskowane dowody – tak jak wskazuje art. 190 ust. 6 ustawy Pzp – nie mogą być powoływane jedynie dla zwłoki. Izba nie uwzględniła zatem wnioskowanego przez Odwołującego przeprowadzenia dowodu z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia prowadzonych przez SPZO w Parczewie, SPZO w Radzynie Podlaskim, WSSzD w Olsztynie, Centrum Onkologii - Instytutu im. Marii

Skłodowskiej-Curie w Warszawie oraz Szpitala Klinicznego im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu
Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu ze wskazanych ogłoszeń o udzieleniu zamówienia, na okoliczność realizowania przez Odwołującego dostaw zbieżnych z przedmiotem niniejszego zamówienia, obejmujących systemy w części szarej i białej. Ten dowód zdaniem Izby powołany został jedynie dla zwłoki.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – w okolicznościach niniejszej sprawy - Izba miała na uwadze art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zgodnie z którym zamawiający w uzasadnionych przypadkach może zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w każdym momencie przed upływem terminu składania ofert. Powyższe dotyczy także treści ogłoszenia o zamówieniu. Taka zmiana – modyfikacja może być podjęta przez zamawiającego z własnej inicjatywy, kiedy uzna, że postanowienia specyfikacji nie odpowiadają w pełni jego zamierzeniom (nie oddają jego woli w sposób dostatecznie zrozumiały), albo w wyniku zadanych pytań. Te uzasadnione okoliczności, w których dopuszczalna jest modyfikacja, mogą być powodowane różnymi okolicznościami i wynikać np. z błędów czy niezgodności z przepisami tym z ustawy Pzp, bądź z konieczności dostosowania postanowień do rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Oczywiście takie modyfikacje nie mogą powodować zmiany kwalifikacji zamówienia. Dlatego też zarzuty Odwołującego, do wprowadzonej modyfikacji siwz, polegającej na dostarczeniu systemu informatycznego - w części szpitalnej (tzw. część biała w zakresie co najmniej ruchu chorych i rozliczeń z NFZ) oraz w części administracyjnej (tzw. część szara)] - od jednego producenta] w wyniku treści pytania jednego z autorów [nawet gdyby ten autor był producentem systemu informatycznego] - nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do uznania, że w tych okolicznościach doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Izba jednocześnie zauważa, że przedmiotem tego zamówienia nie jest wyłącznie dostawa systemu informatycznego. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem informatyzację centrum medycznego od wykonania robót budowlanych w zakresie infrastruktury sieciowej i energetycznej oraz dostawę sprzętu komputerowego i następnie zainstalowanie oprogramowania wraz z przekazaniem uprawnień do niego. W świetle zatem opisu przedmiotu zamówienia, wykonawcy

przede wszystkim nie należy utożsamiać z producentem oprogramowania, gdyż nawet sama specyfikacja w pkt I wprowadza rozróżnienie producenta od wykonawcy. Izba jednocześnie zauważa, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dopuścił składania ofert częściowych. To oznacza, że przy takiej złożoności zamówienia, jego przedmiot będzie musiał z założenia być realizowany z udziałem podwykonawców. Specyfikacja nie zawiera wyłączenia udziału podwykonawców, a zatem od woli i potrzeb wykonawcy, który odpowiada za działania podwykonawców, powinno zależeć, które prace zostaną przez każdego z nich wykonane.

Izba stwierdza również, że odpowiedź na pytanie 17 [pismo z dnia 22. 02. 2013 r.], wbrew twierdzeniom, Odwołującego wyraźnie stanowi o obu częściach [szarej ERP oraz białej HIS i LIS] pochodzących od tego samego producenta [cyt. *TAK, Zamawiający wprowadza zapis tożsamy z pytaniem – obie części powinny pochodzić od jednego producenta*], a nie jak twierdził wykonawca dla części białej wymaganie zostało ograniczone tylko w zakresie ruchu chorych i rozliczeń z NFZ. Stąd też również twierdzenie Odwołującego naruszenia art. 29 ust.2 ustawy oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp oparte na takiej argumentacji nie zasługuje na uwzględnienie.

W konkluzji Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, aby wymagane oprogramowanie w części białej i szarej pochodzące od jednego (wspólnego) producenta, w celu spełnienia warunku, co do współpracy oprogramowania części białej i szarej – naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tym przypadku, kwestionowana odpowiedź może wpływać na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenia przedmiotowego zamówienia, jednakże powyższe nie przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby taka zmiana może być kwalifikowana jako zgodna z interesem Zamawiającego, którym jest udzielenie zamówienia na najkorzystniejszych dla niego warunkach.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych, a także w oparciu o

przepisy - § 3 pkt 2 - 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), zgodnie z którym Izba orzeka wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: