

**WYROK**

**z dnia 10 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2013 r. przez Odwołującego – **DML Sp. z o.o, ul. Mazowiecka 12/33, 00-048 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Elbląski Szpital Specjalistyczny z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu, ul. Komeńskiego 35, 82-300 Elbląg**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Elbląskiemu Szpitalowi Specjalistycznemu z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu, ul. Komeńskiego 35, 82-300 Elbląg - zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w treści uzasadnienia.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Elbląski Szpital Specjalistyczny z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu, ul. Komeńskiego 35, 82-300 Elbląg i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – DML sp. z o.o, ul. Mazowiecka 12/33, 00-048 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego - Elbląski Szpital Specjalistyczny z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu, ul. Komeńskiego 35, 82-300 Elbląg, na rzecz Odwołującego – DML sp. z o.o, ul. Mazowiecka 12/33, 00-048 Warszawa, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy**

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 w **Ełblągu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt 694/13**

## **U z a s a d n i e**

Elbląski Szpital Specjalistyczny z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu, ul. Komeńskiego 35, 82-300 Elbląg (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pt. „Budowa sieci informatycznej zgodnie z projektem, dostawa i instalacja sprzętu komputerowego, dostawa licencji i wdrożenie medycznego systemu informatycznego, dostawa dodatkowych licencji i rozbudowa funkcjonalna oprogramowania administracyjnego” Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2013 r. pod numerem 2013/S 053-087001. W tej samej dacie zamawiający opublikował na stronie internetowej ([www.szpitalwojskowy.elblag.pl](http://www.szpitalwojskowy.elblag.pl)) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”). Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 25 marca 2013 r. wykonawca DML Sp. z o.o, ul. Mazowiecka 12/33, 00-048 Warszawa (dalej: „DML” lub „odwołujący”) wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą) dotyczące treści specyfikacji. W tej samej dacie odwołujący, w formie elektronicznej, przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję tj. wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) zapisu w Rozdziale II ust. 2 lit. d) specyfikacji oraz w załączniku nr 8 do siwz pkt 3.1.4, z którego wynika, że jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest dostawa dodatkowych licencji istniejącego u zamawiającego konkretnego Systemu klasy ERP (ang. Enterprise Resource Planning -

Zarządzanie Zasobami Przedsiębiorstwa, tzw. „część szara”), określonego producenta - Simple S.A. (dalej: „Simple”) i rozbudowa funkcjonalna tego oprogramowania.

DML wskazywał na naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia tak, by umożliwił złożenie oferty na konkurencyjnych zasadach wszystkim wykonawcom ubiegającym się o zamówienie oraz usunięcie z przedmiotu zamówienia elementów przedmiotu zamówienia dotyczących:
  - rozbudowy istniejącego Systemu klasy ERP firmy Simple („część szara”);
  - udzielenia zamawiającemu dodatkowych licencji na System firmy Simple dotyczący „części szarej”, tj.

poprzez nakazanie usunięcia z opisu przedmiotu zamówienia określonego SIWZ następujących zapisów:

- Rozdział II ust. 2 lit. d) siwz: „dostawa dodatkowych licencji i rozbudowa funkcjonalna istniejącego oprogramowania administracyjnego klasy ERP (ang. Enterprise Resource Planning - Zarządzanie Zasobami Przedsiębiorstwa, tzw. „część szara”)”

- Załącznik nr 8 do siwz strona 6 Załącznika - pkt 3.1.4. „1. Zamawiający wymaga dostawy 6 licencji dostępowych na oprogramowanie administracyjne. Zamawiający wymaga również, aby Wykonawca rozbudował funkcjonalnie oprogramowanie administracyjne posiadane przez Zamawiającego o funkcjonalność „Inwentaryzacja Majątek Trwały” oraz funkcjonalność „Inwentaryzacja Magazyny”, bliżej określone w pkt. 3 „Wykazu cech i funkcjonalności oprogramowania” (stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ). 2. Zamawiający wymaga, aby 6 w/w licencji dostępowych, których dostawa jest przedmiotem zamówienia posiadało co najmniej funkcjonalności wskazane w pkt. 3 „Wykazu cech i funkcjonalności oprogramowania” (stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ)”.

oraz nakazanie odpowiedniej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu tak, by uwzględniło w/w żądane modyfikacje specyfikacji (by ogłoszenie było spójne z opisem przedmiotu zamówienia określonym w zmodyfikowanym siwz).

## ewentualnie

2. W przypadku nieuwzględnienia powyższego żądania:

- nakazanie zamawiającemu udostępnienia kodów źródłowych istniejącego u zamawianego systemu klasy ERP firmy Simple który ma podlegać rozbudowie w celu umożliwienia dokonania wyceny w ofercie tego zakresu przedmiotu zamówienia oraz umożliwiania samego wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie (rozbudowa), z jednoczesnym
- nakazaniem usunięcia z opisu przedmiotu zamówienia wymagania dotyczącego dostawy licencji dostępowych na istniejące oprogramowanie administracyjne firmy Simple, tj. poprzez nakazanie usunięcia następujących zapisów siwz:

- Rozdział II ust. 2 lit. d) siwz: „dostawa dodatkowych licencji istniejącego oprogramowania administracyjnego klasy ERP (ang. Enterprise Resource Planning - Zarządzanie Zasobami Przedsiębiorstwa, tzw. „część szara”)”

- Załącznik nr 8 do siwz strona 6 Załącznika - pkt 3.1.4. „1. Zamawiający wymaga dostawy 6 licencji dostępowych na oprogramowanie administracyjne. 2. Zamawiający wymaga, aby 6 w/w licencji dostępowych, których dostawa jest przedmiotem zamówienia posiadało co najmniej funkcjonalności wskazane w pkt. 3 „Wykazu cech i funkcjonalności oprogramowania” (stanowiącego załącznik nr 7 do siwz)”.

oraz nakazanie odpowiedniej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu tak, by uwzględniało w/w żądane modyfikacje SIWZ (by ogłoszenie było spójne z opisem przedmiotu zamówienia określonym w zmodyfikowanym siwz).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, że na dzień dzisiejszy zamawiający posiada już wdrożony system administracyjny (kadry, płace itd.) klasy ERP firmy Simple. Nie mniej jednak istotą przedmiotu zamówienia jest budowa i wdrożenie systemu medycznego (HIS - ang. Hospital Information System) - tzw. „część biała”. Podnosił, że w grudniu 2012 roku zamawiający ogłosił pierwszy przetarg w ramach tego przedmiotu zamówienia, który obejmował m.in. kwestie integracji istniejącego systemu administracyjnego z systemem medycznym, dostarczanym w ramach przedmiotu zamówienia. W wyniku wniesionego odwołania firmy CGM zamawiający udostępnił Interfejsy umożliwiające wykonanie w/w integracji (czego wcześniej opis przedmiotu zamówienia nie obejmował). Odwołujący wskazuje na powyższe w celu wyjaśnienia, iż w niniejszym postępowaniu nie jest już problemem niemożność wyceny w ofercie czy wykonania samej integracji systemu administracyjnego z nowym zamawianym Systemem HIS. DML

wskazywał, że odwołanie złożone jest w innym zakresie - tj. objęcia przedmiotem zamówienia, *de facto* drobnego elementu, którego istnienie w opisie przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty.

Zamawiający w siwz zawarł następujące postanowienia:

- Rozdział II ust. 2 lit. d) siwz:

„dostawa dotatkowych licencji i rozbudowa funkcjonalna istniejącego oprogramowania administracyjnego klasy ERP (ang. Enterprise Resource Planning - Zarządzanie Zasobami Przedsiębiorstwa, tzw. „część szara”) - dostarczony system musi zostać zintegrowany z systemem HIS, tak, by wspólnie dawały spójną, aktualną i obiektywną informację pozwalającą na planowanie, koordynowanie i kontrolowanie procesów ekonomicznych”;

oraz Załącznika nr 8 do siwz strona 6 Załącznika, pkt 3.1.4.

„1. Zamawiający wymaga dostawy 6 licencji dostępowych na oprogramowanie administracyjne. Zamawiający wymaga również, aby Wykonawca rozbudował funkcjonalnie oprogramowanie administracyjne posiadane przez Zamawiającego o funkcjonalność „Inwentaryzacja Majątek Trwały” oraz funkcjonalność „Inwentaryzacja Magazyny”, bliżej określone w pkt 3 „Wykazu cech i funkcjonalności oprogramowania” (stanowiącego załącznik nr 7 do siwz).

2. Zamawiający wymaga, aby 6 w/w licencji dostępowych, których dostawa jest przedmiotem zamówienia posiadało co najmniej funkcjonalności wskazane w pkt. 3 „Wykazu cech i funkcjonalności oprogramowania” (stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ)”.

W ocenie odwołującego z powyższych zapisów wynika, iż zamawiający zawarł w przedmiocie zamówienia wymaganie:

1) dotyczące dostawy 6 dotatkowych licencji firmy Simple na istniejący system jego autorstwa,

2) dotyczące rozbudowy posiadanego przez zamawiającego systemu ERP o konkretne moduły.

DML wskazywał, że istniejący u zamawiającego system administracyjny (ERP) jest systemem autorstwa konkretnego producenta, firmy Simple - konkurenta odwołującego. Wyjaśniał, że z informatycznego punktu widzenia nie istnieje możliwość wykonania zobowiązania polegającego na „rozbudowie funkcjonalnej istniejącego oprogramowania administracyjnego klasy ERP” obcego producenta bez dostępu do kodów źródłowych tego oprogramowania. Tymczasem zamawiający nie udostępnił tychże kodów, zatem domaga się

niemożliwego, tj. uprzedniej wyceny, a później wykonania rozbudowy oprogramowania firmy trzeciej i nie interesuje go realna możliwość wykonania tego przedmiotu zamówienia przez wykonawców, którzy nie są w dyspozycji tych kodów. Procedura konkurencyjna, którą prowadzi zamawiający stała się tym samym w zakresie całego przedmiotu zamówienia (wliczając to główny element, a mianowicie wdrożenie systemu HIS), fikcją. Podnosił, że ile każdy wykonawca może wdrożyć i dostarczyć system medyczny będący przedmiotem zamówienia, a nawet - po udostępnieniu interfejsów - może dokonać integracji tego systemu z systemem istniejącym klasy ERP - o tyle to już nie jest możliwa bez kodów źródłowych rozbudowa istniejącego u zamawiającego systemu obcego producenta. Po drugie - z przyczyn związanych z autorskimi prawami majątkowymi do systemu administracyjnego formy Simple - nie jest możliwe udzielenie licencji bezpośrednio przez innego wykonawcę niż producent.

Zdaniem odwołującego zamawiający błędnie połączył w jeden OPZ te dwa elementy (pierwszy - dostawa sprzętu, wdrożenie systemu medycznego oraz ich integracja z systemem administracyjnym z drugim - rozbudową funkcjonalną istniejącego oprogramowania obcego producenta oraz z dostawą dodatkowych licencji na ten system). Odwołujący wskazywał, że rozumie potrzebę zamawiającego funkcjonalnej rozbudowy istniejącego systemu administracyjnego, jednak zamawiający musi zdawać sobie sprawę, że wymagając w procedurze konkurencyjnej wykonania takiego zobowiązania - ma obowiązek zapewnić wykonawcom na rynku realne możliwości jego realizacji. Natomiast jeśli nie jest to możliwe (przykładowo - zamawiający nie jest w stanie uzyskać kodów źródłowych systemu administracyjnego od firmy Simple i udostępnić go wykonawcom) to zamawiający ma inne możliwości, tj. może objąć przedmiotem zamówienia rozbudowę istniejącego systemu, ale dopuścić rozwiązanie równoważne - poprzez wymianę całego systemu administracyjnego lub też może ograniczyć przedmiot zamówienia w procedurze konkurencyjnej do przedmiotu który jest wykonalny w procedurze konkurencyjnej.

Podkreślał, że zamawiający nie może jednak dokonywać opisu przedmiotu zamówienia tak, że w jednym przedmiocie zamówienia obejmuje przedmiot z definicji konkurencyjny (dostawa i wdrożenie nowych systemów medycznych) z elementem, którego wykonanie i wycena przez innych wykonawców jest zależna od konkretnego wykonawcy. Wykonawcy konkurujący na rynku są bowiem w zakresie tego elementu przedmiotu zamówienia zależni od swego konkurenta firmy Simple. Zależność ta wyłącza swobodę ofertowania oraz autonomiczną i konkurencyjną wycenę oferowanego rozwiązania i jest niezgodna z zasadą zachowania konkurencji, przez co taki opis przedmiotu zamówienia narusza art. 7 ust 1 i 29 ust. 2 Pzp. Tak skonstruowane zamówienie jednoznacznie bowiem

faworyzuje producenta systemu wdrożonego u zamawiającego, tj. firmę Simple oraz jej partnerów. Na dowód jak w praktyce wygląda ubieganie się o niniejsze zamówienie „niby” w trybie konkurencyjnym przy tak skonstruowanym przedmiocie zamówienia przedkładamy ofertę, jaką uzyskał odwołujący od producenta Simple, której zakup umożliwi w ogóle złożenie oferty w tym postępowaniu. Wyjaśnimy, iż producent systemu administracyjnego (posiada gotowe rozwiązanie systemu administracyjnego, obejmujące wymagane dodatkowe funkcjonalności, a ponadto jest jedynym uprawnionym z tytułu majątkowych praw autorskich do tego systemu, a zatem jedynym co do zasady uprawnionym do **bezpośredniego** udzielenia dodatkowych licencji na swój system. Odwołujący podnosił, że otrzymał od firmy Simple ofertę na wykonanie fragmentu przedmiotu zamówienia (tj. cena za możliwość udzielenia dodatkowe 6 licencji na oprogramowanie Simple oraz cena za rozbudowę systemu administracyjnego ) wycenioną na poziomie - 420.000 zł. Zdaniem DML oznacza to, że firma Simple, która również może w tym postępowaniu złożyć ofertę, ponieważ ma w swojej ofercie oprogramowanie dla szpitali, posiada przewagę konkurencyjną nad odwołującym - jej oferta może być na wstępie tańsza nawet o wyżej wspomniana wartość.

Odwołujący wyjaśniał, iż nie jest możliwe wykonanie rozbudowy samodzielnie przez wykonawcę, gdyż zamawiający nie udostępnił kodów źródłowych do posiadanego systemu, ani nie udostępnił informacji o tym, jak posiadany przez niego System firmy Simple mógłby wymieniać dane z nowymi (rozbudowywanymi) modułami. Zamawiający ma obowiązek zapewnić wszystkim wykonawcom jednakowe warunki ubiegania się o zamówienia. Wobec faktu, iż firma Simple jest jedynym uprawnionym do udzielenia licencji na swój system klasy ERP oraz wobec braku kodów źródłowych tego systemu administracyjnego wymaganie dotyczące udzielenia licencji oraz rozbudowy istniejącego Systemu administracyjnego firmy Simple w niniejszym postępowaniu uniemożliwia złożenie oferty konkurencyjnej innemu wykonawcy niż producent systemu ERP - czyli firmie Simple. Rozwiązaniem otwierającym przetarg na konkurencyjne oferty, niezależne od producenta Simple, jest żądanie alternatywne odwołania (pkt 2) tj. nakazanie zamawiającemu udostępnienia kodów źródłowych systemu podlegającego obowiązkowej rozbudowie, co w ogóle umożliwi oszacowanie przedmiotu zamówienia oraz jego funkcjonalną rozbudowę innemu przedsiębiorcy niż producent oraz usunięcie wymogu udzielania dodatkowych 6 licencji na w/w system ERP firm Simple. Jednakże być może realizacja tego nakazu z uwagi na prawdopodobne okoliczności prawne - których nie zna odwołujący, ale których może się domyślać w oparciu o powszechną praktykę rynkową - mogłaby być niemożliwa z uwagi na prawdopodobny brak zgody Simple na upublicznienie kodów. Stąd zdaniem odwołującego w świetle powyższego zarzutu, jedynym rozwiązaniem zapewniającym konkurencyjność



postępowania jest nakazanie usunięcia z opisu przedmiotu zamówienia elementów dotyczących rozbudowy funkcjonalnej istniejącego oprogramowania firmy Simple oraz udzielania dodatkowych licencji na oprogramowanie administracyjne firmy Simple.

8 kwietnia 2013 r. zamawiający przesłał w formie faksu odpowiedź na odwołanie. Następnie w toku rozprawy zamawiający złożył w formie pisemnej ww. pismo, którego odpis Izba przekazała odwołującemu. W piśmie zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, a także wskazywał, że odwołujący nie wykazał, że posiada interes w celu skorzystania z środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Z ostrożności procesowej wnosił o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Podczas rozprawy w dniu 9 kwietnia 2013 r. pismo procesowe złożył DML. W piśmie zawarto dodatkową argumentacją w zakresie zarzutów zawartych w treści odwołania. W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska zaprezentowane w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę dowody oraz pisma, a także oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności postanowienia ogłoszenia, specyfikacji oraz zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła kopię dokumentacji postępowania przesłaną przez zamawiającego oraz dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie, a także złożone przez strony w toku rozprawy, tj.:

1. Kopię wiadomości przesłanej w formie elektronicznej (e-mail), potwierdzającej przesłanie kopii odwołania przez DML w dniu 25 marca 2013 r. o godz. 16.25.
2. Wydruki ze strony internetowej zamawiającego potwierdzające przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w 2011 r. w zakresie migracji systemu Simple do wersji SIMPLE.ERP.
3. Załącznik Harmonogram realizacji zamówień publicznych dla projektu w ramach RPO WiM w ramach projektu dotyczącego „Wdrożenia kompleksowego, zintegrowanego

systemu informatycznego w Elbląskim Szpitalu Specjalistycznym SPZOZ w Elblągu". W pkt. 3 harmonogramu wykazano prace związane z wykonaniem sieci oraz urządzeń aktywnych, dostawę sprzętu komputerowego, wdrożenie systemu w części medycznej szpitala. Wdrożenie systemu w części administracyjnej szpitala – 2 etap. W kolumnie 4 dla tej pozycji podano „przetarg nieograniczony”.

4. Pismo firmy Softeam Sp. z o.o. z dnia 25 marca 2013 r. skierowane do firmy DML , które zawiera ofertę handlową na kwotę 420.145,86 zł brutto w zakresie postępowania prowadzonego przez zamawiającego. Podana cena obejmowała rozbudowę funkcjonalną oprogramowania administracyjnego i dostawę dodatkowych licencji a także instruktarz personelu zamawiającego w zakresie opisanym powyżej.

Izba po przeprowadzeniu badania stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Bez wątpliwości odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Postanowienia specyfikacji, jak dowodził odwołujący zawierają postanowienia naruszające przepisy 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 może naruszać interes odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

Tym samym stanowisko zamawiającego, jakoby odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy należy uznać za nieuprawnione. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami, że odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż nie spełnia warunku opisanego w specyfikacji, a tym samym zostanie wykluczony z prowadzonego postępowania. Izba wskazuje, iż na obecnym etapie postępowania twierdzenia zamawiającego w powyższym zakresie należy uznać za przedwczesne. Należy zwrócić uwagę, że nawet gdyby DML nie spełniał warunków udziału w postępowaniu określonych w specyfikacji to przepisy Pzp pozwalają takim wykonawcom na połączenie posiadanych potencjałów oraz zasobów i złożenie oferty wspólnej (art. 23 Pzp). Ponadto przepis art. 26 Pzp zezwala wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia na korzystanie z potencjału innego podmiotu. Wobec tego twierdzenia zamawiającego zaprezentowane powyżej Izba uznała za chybione.

Izba nie podzieliła także stanowiska prezentowanego przez zamawiającego, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, z uwagi na fakt nieprzekazania przez odwołującego zamawiającemu kopii odwołania w terminie wskazanym w art. 180 ust. 5 Pzp, ponieważ odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w ostatnim dniu upływu terminu na jego wniesienie, jednakże po godzinach pracy zamawiającego i mógł się on zapoznać z jego treścią dopiero w dniu następnym (26 marca 2013 r.).

Osią sporu w niniejszej kwestii było rozstrzygnięcie, czy przekazanie zamawiającemu kopii odwołania w formie elektronicznej w dniu 25 marca 2013 r. o godz. 16.25 - po godzinach pracy zamawiającego - stanowi podstawę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp ? Izba wskazuje, że na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Przepis art. 180 ust. 5 Pzp stanowi, że odwołujący przesyła kopie odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 Pzp.

Tym samym oczywistym jest, że zarówno termin na wniesienie odwołania, jak również przekazanie kopii tegoż odwołania upływał z końcem dnia 25 marca 2013 r., a zatem za niewłaściwą należy uznać argumentację zamawiającego opierającą się na tym, że przekazanie nastąpiło po godzinach jego pracy. Biorąc pod uwagę redakcję zacytowanego przepisu ustawy bez znaczenia pozostają godziny pracy jakie ustalił dla swojego zakładu zamawiający, gdyż treść ww. przepisu w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wskazuje, że termin zostaje zachowany, jeżeli przesłanie kopii odwołania nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 Pzp, co też miało miejsce w omawianym przypadku. Wobec tego wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp Izba postanowiła oddalić jako bezzasadny.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 podniesiony w odwołaniu potwierdził się.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 857/09). Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.

Jednakże, dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca wprowadził zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka konstrukcja niniejszego zapisu służy realizacji zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Izba podkreśla, że nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt określonego producenta, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Zgodnie poglądami doktryny należy podkreślić, że w myśl przepisów Pzp, nie jest konieczne wykazanie, że do naruszenia uczciwej konkurencji faktycznie doszło. Wystarczy jedynie uprawdopodobnienie takiej sytuacji. Istotnym jest, że art. 29 ust. 2 Pzp posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Takie pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na wykonawcy ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym (wyroku KIO z dnia

30 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1463/08), który nie udowodnił, że sporządzony przez niego opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 29 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ zamawiający w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający, opisując przedmiot zamówienia połączył budowę i wdrożenie medycznego systemu informatycznego wraz z rozbudową posiadanego przez zamawiającego systemu administracyjnego produkcji firmy Simple. Wobec tego scalenie w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia budowy i wdrożenia systemu medycznego wraz z rozbudową systemu administracyjnego, posiadanego już przez zamawiającego spowodowało, że całość przedmiot zamówienia może zrealizować jedynie producent oprogramowania, które posiada zamawiający, czyli firma Simple, bądź też wykonawcy, którzy są partnerami handlowymi ww. firmy. Konsekwencją powyższego jest wyeliminowanie produktów i rozwiązań oferowanych przez odwołującego. Izba stanęła na stanowisku, że tak sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Nie było spornym między stronami, że głównym elementem przedmiotu zamówienia w ramach niniejszego postępowania jest budowa i wdrożenie medycznego systemu informatycznego typu HIS (ang. Hospital Information System) - szpitalny system informacyjny, tzw. „część biała”. Zgodnie z treścią załącznika nr 7 do siwz (str. od 3 do 29) na system składają moduły, tj.: Administrator, Izba przyjęć, Oddział, Statystyka, Zlecenia, Blok Operacyjny, Zakażenia Szpitalne, Pracownia Diagnostyczna, Rehabilitacja, Laboratorium, Poradnia, Wycena kosztów świadczeń, Rozliczenia z NFZ, Elektroniczna weryfikacja uprawnień pacjentów, Kolejki Oczekujących, Symulator JGP, Apteka, Apteczka Oddziałowa, Dystrybucja leków, E-Rejestracja, E-Portal. Istotnym elementem przedmiotu zamówienia jest budowa sieci informatycznej oraz dostawa i instalacja sprzętu komputerowego. W zakres sprzętu wchodzi: 3 serwery, 25 sztuk komputerów stacjonarnych, 75 sztuk terminali komputerowych, 35 sztuk drukarek laserowych mono, 1 sztuka drukarki laserowej kolor, 2 sztuki notebooków, 2 kioski internetowe, 1 szafa serwerowa, 12 czytników kodów kreskowych, 2 sztuki drukarek kodów kreskowych, 4 zasilacze awaryjne, 30 licencji na oprogramowanie biurowe, 30 licencji na oprogramowanie antywirusowe.

Podczas gdy rozbudowa istniejącego u zamawiającego systemu administracyjnego typu ERP firmy Simple, tzw. „część szara”, obejmuje jedynie 3 dodatkowe moduły tj.: Inwentaryzacja majątku trwałego, Inwentaryzacja magazynów, Analizy zarządcze i analizy

finansowe oraz integrację (z systemem HIS) wraz z usługami towarzyszącymi – dostawą 6 licencji stanowiskowych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stanęła na stanowisku, że połączenie dwóch elementów opisanych powyżej jest błędne, gdyż powoduje ograniczenie w konkurovaniu pomiędzy wykonawcami, a tym samym narusza przepis art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zdaniem Izby tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia niewątpliwie uprzywilejowuje produkty firmy Simple oraz partnerów handlowych tej firmy, między innymi firmę Softeam Sp. z o.o. (dalej „Softeam”), która realizowała zamówienie w zakresie budowy i wdrożenia systemu administracyjnego, który obecnie funkcjonuje u zamawiającego. Izba dała wiarę wyjaśnieniom odwołującego, że kontaktując się z firmą Simple odwołujący uzyskał informację, że w celu otrzymania oferty handlowego w zakresie omawianego postępowania winien zwrócić się do partnera handlowego firmy Simple, tj. firmy Softeam. Treść wydruku ze strony internetowej [www.simple.pl/partnerzy/siec-partnerow-simple/](http://www.simple.pl/partnerzy/siec-partnerow-simple/) wskazuje bez wątpienia, że firma Softeam, jest partnerem handlowym firmy Simple.

Rację ma odwołujący, który podnosił, że producent systemu administracyjnego czy też jego partnerzy handlowi, posiadają gotowe rozwiązanie systemu administracyjnego, obejmujące wymagane dodatkowe funkcjonalności. Tym samym oznacza to, że firma Simple lub też jej partnerzy handlowi, którzy mają w swojej ofercie oprogramowanie dla szpitali, posiadają przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami, w tym nad odwołującym, ponieważ oferta tych podmiotów już na wstępie może być tańsza nawet o wartość 420.145,86 zł - wynikającą z oferty handlowej zawartej w piśmie z dnia 25 marca 2013 r. uzyskanej przez DML od Softeam, partnera handlowego firmy Simple. Ponadto producent jest jedynym uprawnionym z tytułu majątkowych praw autorskich do tego systemu, a zatem jedynym co do zasady uprawnionym do bezpośredniego udzielenia dodatkowych licencji na swój system.

W toku rozprawy zamawiający oświadczył, że nie dysponuje kodami źródłowymi do posiadanego systemu. Ponadto wskazał, że z jego doświadczenia i wiedzy wynika, żaden producent oprogramowania nie udostępni takich kodów celem rozbudowy wdrożonego wcześniej systemu. Przyznał również, że jedynym wykonawcą, który może wykonać rozbudowę istniejącego u zamawiającego systemu jest firma Softeam, która wcześniej wdrożyła system administracyjny u zamawiającego, ponieważ wykonawca ten jest uprawnionym do udzielenia licencji na swój system, a także jest w posiadaniu kodów źródłowych niezbędnych do rozbudowy istniejącego systemu administracyjnego. Ponadto

zamawiający oczekuje, że całość przedmiotu zamówienia zostanie objęta gwarancją trwającą 36 miesięcy, a w przypadku, gdy wykonawcą przedmiotu zamówienia w ramach niniejszego postępowania będzie inny wykonawca to nie będzie on w stanie zrealizować ww. wymogu zamawiającego.

Odnosząc się do argumentacji prezentowanej przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy Izba wskazuje przede wszystkim, iż fakt, czy firma Simple czy też jakakolwiek inna nie pobrała siwz, nie przesądza o tym, że firma nie jest zainteresowana i nie będzie ubiegała się o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie nie złoży oferty w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego.

Ponadto zamawiający podnosił, że posiada system administracyjny klasy ERP o ograniczonej funkcjonalności, który zakupił w 2011 r., a środki wydane na zakup systemu zostały zrefundowane w 85% w kwocie 137.809,45 zł z środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego. Tym samym zamawiający nie może wprowadzić innego systemu administracyjnego klasy ERP i porzucić dotychczasowy, gdyż naruszałoby to zasady określone w umowie o dofinansowanie projektu i skutkowałoby koniecznością zwrotu środków.

Izba wzięła pod uwagę powyższe wyjaśnienia zamawiającego jednakże wskazuje, że w toku rozprawy zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność wykazania konieczności połączenia w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia - bez podziału na części - budowy i wdrożenia systemu informatycznego w części medycznej oraz rozbudowy systemu informatycznego w części administracyjnej. Z załącznika do harmonogramu realizacji zamówienia dla projektu „Wdrożenie kompleksowego, zintegrowanego systemu informatycznego w Elbląskim Szpitalu Specjalistycznym w Przychodni SPZOZ w Elblągu” wynikało jedynie, że zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Ponadto w dokumencie podano jedynie orientacyjne terminy w zakresie ogłoszenia o zamówieniu oraz zawarcia umowy z wykonawcą. Z powyższego można wywieść jedynie, że zamawiający winien przeprowadzić procedurę w trybie przetargu nieograniczonego. Pozostały zakres prowadzenia postępowania nie został uregulowany. Tym samym nie sposób przychylić się do argumentacji zamawiającego prezentowanej w toku rozprawy, że z treści umowy o dofinansowanie oraz harmonogramu realizacji wynika obowiązek połączenia opisanych powyżej zakresów prac w jeden zawarty w OPZ.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 83 ust. 2 ustawy zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.

Izba wskazuje, że ustawodawca uzależnił możliwość składania ofert częściowych od tego, czy przedmiot zamówienia jest podzielny. Po zbadaniu dokumentacji postępowania Izba stwierdziła, że w niniejszym przypadku podział zamówienia na części jest możliwy i celowy ze względu na rozszerzenie kręgu wykonawców, którzy mogliby wówczas złożyć ofertę oraz stworzyć warunki konkurencji cenowej.

Izba wzięła pod uwagę, że dopuszczenie możliwości złożenia oferty częściowej, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, jest uprawnieniem zamawiającego. Jednak Izba wyjaśnia, że przyznane zamawiającemu w powyższym przepisie Pzp prawo nie jest prawem bezwzględny. Podlega ono kontroli pod względem zgodności z zasadami udzielania zamówienia, a w szczególności, czy niedopuszczenie do składania ofert częściowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielony, nie prowadzi do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, a więc równego traktowania wykonawców zapewniającego zachowanie uczciwej konkurencji (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2005 r. Sygn. akt UZP/ZO/0-648/05).

Biorąc pod uwagę zaprezentowane powyżej rozważania Izby wskazać należy, że w celu poszanowania zasady uczciwej konkurencji zamawiający winien oddzielić zakres prac związanych z budową i wdrożeniem informatycznego systemu medycznego od zakresu prac związanych z rozbudową systemu administracyjnego funkcjonującego u zamawiającego.

Konkludując, analiza wskazanych powyżej postanowień siwz wskazuje, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Tym samym Izba nakazuje zmianę specyfikacji poprzez rozdzielenie przedmiotu zamówienia, tj. rozdzielenie zakresu prac związanych z budową i wdrożeniem informatycznego systemu medycznego od zakresu prac związanych z rozbudową systemu administracyjnego działającego u zamawiającego i dopuszczenie składania ofert częściowych na jedną lub obie części w ramach przedmiotowego postępowania.

Izba w powyższym postępowaniu, w obszarze zgłaszanych zarzutów w stosunku do sporządzonego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia nie dopatrzła się naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp.

Izba potwierdza, że naruszenie ww. przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec tego Izba nakazała w powyższym zakresie zmianę postanowień specyfikacji. Izba wskazuje, iż nakazanie wykonania ww. czynności zamawiającemu jest



równoznaczne z zmianą ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu w zakresie w którym dotyczy wykazanych naruszeń siwz.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego 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 pkt 1 i pkt 2 lit b), § 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 odwołującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł. rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....