

Sygn. akt: KIO 610/17

## POSTANOWIENIE

z dnia 10 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 kwietnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2017 r. przez wykonawcę: **Comarch Healthcare S.A., AL Jana Pawła H 39a, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej- Curie, ul Wawelska 15 B, 02-034 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 610/17 po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Comarch Healthcare S.A., AL Jana Pawła H 39a, 31-864 Kraków, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Healthcare S.A., AL Jana Pawła H 39a, 31-864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie: „Kompleksowa obsługa serwisowa systemu informatycznego CliniNet i NetRaad w Centrum Onkologii - Instytucie im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/5 032-057966 w dniu 15 lutego 2017 r.

Wykonawca: Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania wykonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniami odwołania z dnia 27 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 387/17, uwzględnionego w części przez Zamawiającego;
2. ukształtowanie treści SIWZ w sposób umożliwiający złożenie oferty wyłącznie przez jeden podmiot - CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. (dalej CGM) lub podmiot przez niego upoważniony.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 186 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;
2. art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ukształtowanie treści SIWZ w sposób uzależniający złożenie oferty przez wykonawców od warunków i decyzji innego podmiotu komercyjnego, tj. CGM, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równości wykonawców oraz poprzez ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny, utrudniający uczciwą konkurencję oraz nieokreślający wymogów równoważności,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania uwzględnionego przez Zamawiającego;
2. modyfikacji SIWZ i dokonania opisu przedmiotu zamówienia, poprzez:
  - a) wprowadzenie możliwości dopuszczenia wymiany systemu HIS w ramach rozwiązania równoważnego;
  - b) określenie warunków rozwiązania równoważnego.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 27 lutego 2017 r. wniósł odwołanie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, które zostało w części uwzględnione przez Zamawiającego, skutkiem czego postanowieniem z dnia 14 marca

2017r. sygn. KIO 387/17 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie.

Odwołujący podniósł, że w odwołaniu uwzględnionym (w zakresie zarzutu 2) Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zapewnienia dostępu do kodów źródłowych aplikacji CliniNet i NetRaad w zakresie prawa do przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w ww. oprogramowaniu oraz załączenia dokumentacji, umożliwiającej serwis tego oprogramowania. Natomiast w piśmie procesowym z dnia 17 marca 2017 r. Zamawiający stwierdził, że nie posiada praw do przystosowania, zmian układu lub jakichkolwiek zmian lub modyfikacji w oprogramowaniu CliniNet i NetRaad, jak również nie posiada - a zatem nie może udostępnić - dokumentacji tego oprogramowania w zakresie żądanym przez Odwołującego. Tym samym, zdaniem Odwołującego, zmaterializowało się żądanie: „Z ostrożności procesowej - jeśli Zamawiający nie jest w stanie spełnić żądań Odwołującego jeżeli Zamawiający nie dysponuje takimi dokumentami to żądamy umożliwienia wymiany eksploatowanego systemu CliniNet i NetRaad na nowy, o równoważnych funkcjonalnościach, który będzie posiadał pełną dokumentację i możliwość integracji o jakich mowa w przedmiotowym odwołaniu, przy czym w tej sytuacji, żądamy załączenia do SIWZ listy wymaganych funkcjonalności systemów CliniNet/ NetRaad.”

Odwołujący podniósł, że jeśli Zamawiający uwzględnił odwołanie, a Izba umorzyła postępowanie, to Zamawiający winien zachować się zgodnie z żądaniem i dopuścić wymianę systemu informatycznego.

Zarówno z pisma procesowego z dnia 17 lutego 2017 r., jak i z wypowiedzi przedstawicieli Zamawiającego na rozprawie w dniu 23 marca 2017 r. jednoznacznie wynika, że Zamawiający takiej możliwości nie dopuszcza. Również w dokonanej II Modyfikacji treści SIWZ z dnia 24 marca 2017 r. nie znalazła się zmiana dopuszczająca wymianę systemu.

Brak po stronie Zamawiającego uprawnień do modyfikacji systemów CliniNet i NetRaad uniemożliwia powierzenie ich bieżącej eksploatacji i serwisowania innemu niż CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. podmiotowi (wymagania zawarte w Załączniku nr 1 do SIWZ nr PN<sup>11</sup>/17/MS w zakres usługi serwisowej). Taka sytuacja jest rażąco obraźliwa przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 3 Pzp. Jedyną możliwością doprowadzenia tego postępowania do stanu zgodnego z prawem jest dopuszczenie do wymiany systemów teleinformatycznych na inne i ich serwisowanie, których obsługę bieżącą i serwis mogłaby prowadzić dowolna firma informatyczna.

Zamawiający pismem z dnia 4 kwietnia 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp. Podniósł, że zgodnie z wyrokiem KIO 387/17 ogłoszonym w dniu 27 marca 2017 r., żądanie Odwołującego dotyczące zakupu nowego oprogramowania i rezygnacji z usługi serwisu obecnie wykorzystywanego przez Zamawiającego oprogramowania oraz zarzut dotyczący

„niekonkurencyjnego postępowania” zostały przez Izbę oddalone. Umorzenie postępowania, na które powołuje się Odwołujący dotyczyło wyłącznie zarzutu 2, tj. czynności określenia warunków udziału w postępowaniu, które Zamawiający zmienił, zgodnie z żądaniem Odwołującego. Zamawiający wskazał, że jednoznacznie przedstawił swoje stanowisko w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 marca 2017 r., jak i w piśmie procesowym z dnia 17 marca 2017 r., odmawiając spełnienia żądania rezygnacji z zakupu usług serwisowych i zakupu nowego systemu informatycznego, co potwierdza treść wyroku Izby. Skoro zatem Odwołujący nie powołuje się na inne okoliczności faktyczno-prawne związane z prowadzonym postępowaniem, lecz na te same czynności, które były przedmiotem rozpoznania przez Izbę w poprzednim postępowaniu, to odwołanie w tym zakresie nie może podlegać ponownemu rozpoznaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, na podstawie akt sprawy i dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, wobec stwierdzenia, że we wniesionym odwołaniu Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania, wniesionego przez tego samego odwołującego.

Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu z powołaniem się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie KIO 387/17, w której wyrok zapadł w dniu 27 marca 2017 r.

Wskazać należy, że w dniu 27 lutego 2017 r. wykonawca Comarch Healthcare S.A. wniósł odwołanie wobec:

- 1, czynności określenia opisu przedmiotu zamówienia:
  - a. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, niewyczerpujący, niejasny i niezrozumiały, w tym w zakresie planowanych do wykonania czynności przez podmiot, który będzie realizował przedmiotową umowę - poprzez zaniechanie udostępnienia w ramach

SIWZ informacji na temat posiadanych przez Zamawiającego praw autorskich/licencji, w tym pól eksploatacji na których zostały udzielone dotyczących oprogramowania CliniNet i NetRaad objętego zamówieniem,

b. brak w SIWZ informacji na temat praw do kodów źródłowych w/w oprogramowania objętego postępowaniem 1 możliwości ich udostępnienia wykonawcom na potrzeby wykonywania zamówienia,

c. oraz poprzez zaniechanie udostępnienia w ramach SIWZ dokumentacji dotyczącej systemów CliniNet i NetRaad niezbędnych do wyceny oraz świadczenia usług utrzymania systemu objętych postępowaniem,

- czym naruszono art. 29 ust 1 i 2 oraz art 7 ust. 1 ustawy Pzp.

2. Czynności określenia warunków udziału w postępowaniu oraz oceny sposobu ich spełnienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję - czym naruszono art. 22 ust. 1 a ustawy Pzp oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji odnośnych zapisów SIWZ - w sposób określony w uzasadnieniu odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z brzmieniem pkt 1 wyroku - oddaliła odwołanie, jako bezzasadne - w zakresie żądania dodania w Załączniku nr 1 do wzoru umowy postanowień wskazanych na str. 10 i 11 odwołania w brzmieniu:

„Dodanie w Załączniku nr 1 do wzoru Umowy, następujących zapisów w nowym Rozdziale IV:

Wymagania dotyczące integracji:

1. W terminie 14 dni od daty podpisania Umowy Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia Zamawiającemu:

a) opisu technicznego sposobu, w jaki Oprogramowanie CliniNet i NetRaad realizuje Integrację z systemami Elektronicznej Dokumentacji Medycznej i e-usługami (e- rejestracja - usługa umożliwiająca zarejestrowanie pacjenta na wizytę w określonej poradni bądź w celu przeprowadzenia określonego badania, e-konsultacje - usługa umożliwiająca przeprowadzenia konsultacji stanu zdrowia metodą zdalną, z dowolnego miejsca za pośrednictwem Internetu, e-wywiad - usługa umożliwiająca pacjentowi wypełnienie formularzy i ankiet dokumentacji medycznej metodą zdalną, za pośrednictwem Internetu, e-dokumentacja - usługa umożliwiająca pacjentowi dostępu do swojej dokumentacji medycznej metodą, zdalną, za pośrednictwem Internetu, e-powiadomienia - usługa zapewniająca wysyłanie automatycznych powiadomień dla pacjenta o zbliżających się terminach wizyt oraz innych zdarzeń medycznych, e-partner - usługa umożliwiająca lekarzom z Innych jednostek medycznych dostęp metodą zdalną, za, pośrednictwem Internetu do dokumentacji

medycznej pacjentów, e-obchód - usługa, za pomocą której tworzona jest Indywidualna dokumentacja medyczna w postaci multimedialnego rekordu medycznego pacjenta, e-informator - usługa, której zadaniem jest udostępnienie usługi e-rejestracji za pomocą Infokiosków) czyli dokumentację techniczną umożliwiającą integrację a także innych informacji dotyczących Integracji, które może w trakcie umowy wskazać Zamawiający a także sposobu dostępu do usług Integracji, wszystkich niezbędnych danych dostępowych oraz konfiguracyjnych.

b) opisu stosowanych zabezpieczeń dotyczących Integracji

2. W razie zmiany powyższych informacji Wykonawca z 30 dniowym wyprzedzeniem poinformuje Zamawiającego o tych zmianach.

3. Wykonawca zobligowany jest do udzielania odpowiedzi na wszelkie pytania Zamawiającego dotyczące integracji w terminie 3 dni od otrzymania zapytania

4. W trakcie trwania Umowy Wykonawca zapewni wsparcie techniczne podmiotom wskazanym przez Zamawiającego, które będą potrzebowały uzyskać możliwość integracji z oprogramowaniem CliniNet i NetRaad, w wymiarze 10 roboczodni w skali roku.

5. W przypadku konieczności Wykonawca przeprowadzi testy integracji oprogramowania CliniNet i NetRaad z oprogramowaniem wykorzystywanym przez zamawiającego, w zakresie obejmującym poprawność wymiany danych po stronie systemu Wykonawcy. Wykonawca na te czynności powinien przewidzieć dostępność dla Zamawiającego w wymiarze 10 roboczodni w skali roku.

z uwzględnieniem korekty z dnia 14 marca 2017 roku, tj.: w załączniku nr 1 do wzoru umowy, rozdz. IV „wymagania dotyczące integracji” w pkt 1, istniejący zapis miałby otrzymać brzmienie „w terminie 14 dni od otrzymania żądania Zamawiającego wykonawca dostarczył Zamawiającemu” oraz w pkt a poprzez zastąpienie sformułowania program CliniNet i NetRaad sformułowaniem - system objęty zamówieniem, podobnie w pkt 4 i 5 żądania.”

W pozostałym zakresie postępowanie zostało umorzone, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w tej części zarzutów odwołania.

Wskazane powyżej okoliczności, a przedstawione w odwołaniu z dnia 27 lutego 2017 r. wraz z argumentacją Odwołującego, zostały przywołane także w niniejszym odwołaniu wraz z zarzutem zaniechania wykonania przez Zamawiającego czynności - zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w wyżej wskazanym zakresie. Z treści uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 387/17 jednoznacznie wynika, że na rozprawie były rozpoznawane okoliczności, przedstawione w odwołaniu z 27 lutego 2017 r. w zakresie

zarzutu 1 tj. w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, jak wskazano powyżej. Sentencja ww. wyroku brzmi jednoznacznie – odwołanie zostało oddalone w zakresie żądania dodania w Załączniku nr 1 do wzoru umowy postanowień wskazanych na str. 10 i 11 odwołania, tj. w części odwołania rozpoznanej na rozprawie, wobec której Zamawiający nie uwzględnił odwołania. Częściowe uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego nastąpiło wyłącznie w odniesieniu do opisu warunku udziału w postępowaniu i w tej części odpowiednio Izba umorzyła postępowanie. W tej też części Zamawiający wykonał czynności odpowiednio do dyspozycji art. 186 ust. 3a Pzp (nie miał tu zastosowania przepis art. 186 ust. 2 Pzp, gdyż odwołanie nie zostało uwzględnione w całości).

Powtórzenie w niniejszym odwołaniu zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia, z powołaniem się na zaniechanie wykonania czynności, zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp, dodatkowo potwierdza, że niniejsze odwołanie dotyczy tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z dnia 27 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 387/17.

W świetle art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, nie jest możliwe ponowne rozpatrywanie przez Izbę odwołania, w którym Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były już rozstrzygnięte Izbę w innej sprawie, wywołanej odwołaniem wniesionym w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez tego samego Odwołującego.

W ustalonym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę fakt, że zachodzą wszystkie przesłanki wskazane w art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, tj. tożsamość odwołującego się wykonawcy, tożsamość postępowania, tożsamość okoliczności będących podstawą obu odwołań oraz fakt rozstrzygnięcia pierwszego odwołania przez Izbę w wyroku o sygn. akt KIO 387/17, należało uznać, że niniejsze odwołanie zostało wniesione w zakresie objętym dyspozycją przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, wobec czego podlega odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz § 3 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 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....