

Sygn. akt: KIO 2236/ 17

WYROK

z dnia 10 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2017 r. przez Wykonawcę **C. H. S.A. (...)**.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Szpital Kliniczny im. Karola Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w P. (...)**.

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego braku udostępnienia kodów źródłowych, dokumentacji oraz opisu interfejsów komunikacyjnych dla systemu (...), koniecznych do rozbudowy portalu pacjenta w zakresie modułu eRejestracja i modułu eWyniki oraz w zakresie zaniechania wydzielenia części zamówienia, polegającej na dostawie modułu mObchód, opisaney przez wskazanie znaku towarowego;

2. oddała odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wydzielenia części zamówienia polegającego na dostawie modułu oprogramowania mObchód jako odrębnej części zamówienia lub do oddzielnego zamówienia;
3. kosztami postępowania obciąża **C. H. S.A. (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **C. H. S.A. (...)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: **Szpital Kliniczny im. Karola Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w P. (...)** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Zakup i dostawa sprzętu komputerowego i oprogramowania w ramach rozwoju e-usług Szpitala Klinicznego im. K. Jonschera UM w P.”, sygn. postępowania PN 34/17 (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”).

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) – dalej „ustawa Pzp”.

Postępowanie ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.10.2017 r. pod nr 2017/S 195-400163.

Zamawiający podzielił zamówienie na dwie następujące części, obejmujące swoim zakresem:

- 1) Pakiet nr 1 – zakup i dostawę urządzeń: serwerów, pamięci masowej, przełączników oraz specjalistycznego oprogramowania odpowiadającego wymaganiom opisanym w specyfikacji technicznej zamówienia; montaż nowych punktów dostępowych sieci wi-fi wraz z pracami dodatkowymi szczegółowo opisanymi w załączonym do SIWZ projekcie wykonawczym; instalację i uruchomienie zamawianego sprzętu w informatycznym środowisku szpitala;
- 2) Pakiet nr 2 – zakup i dostawę dodatkowego modułu oprogramowania mObchód, zintegrowanego z istniejącym w szpitalu systemem (...), wraz z licencjami; zakup i dostawę rozbudowanego modułu eRejestracji, eWyników istniejącego w szpitalu, z odpowiednimi funkcjonalnościami opisanymi w specyfikacji technicznej zamówienia; zakup i dostawę rozbudowanego modułu EDM istniejącego w szpitalu, z odpowiednimi funkcjonalnościami opisanymi w specyfikacji technicznej zamówienia; zakup i dostawę mobilnych terminali – tabletów medycznych obsługujących moduł mObchód; zakup i dostawę oraz uruchomienie systemu kolejkowo-przyzywowego, obsługującego ruch chorych w poradniach wraz z pracami dodatkowymi opisanymi w załączonym projekcie wykonawczym.

Odwołujący: **C. H. S.A. (...)**, w dniu 23 października 2017 r., wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie postawienia wymogu rozbudowy Portalu pacjenta tj. modułu eRejestracji i modułu eWyników, funkcjonujących w ramach posiadanego przez Zamawiającego Systemu Zarządzania Szpitalem (...) produkcji firmy M. sp. z o.o. (dalej „HIS - (...)"), bez jednoczesnego udostępnienia kodów źródłowych, dokumentacji oraz opisu interfejsów komunikacyjnych tego systemu;
- 2) art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie wydzielenia części zamówienia polegającej na dostawie modułu mObchód opisanej przez wskazanie znaku towarowego, co prowadzi do pozbawienia możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia w zakresie Pakietu nr 2 innym wykonawców niż M. Sp. z o.o.

Odwołujący wnosi, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP, o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu.

Zamawiający, w dniu 23 października 2017 r., zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, zamieścił informację o wniesieniu odwołania na stronie internetowej na której zamieszczono SIWZ i Ogłoszenie o zamówieniu, wzywając Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W odpowiedzi na wezwanie żaden Wykonawca nie przystąpił do toczącego się postępowania odwoławczego.

Uzasadniając zarzuty odwołania oraz swoje żądania Odwołujący wskazał, co następuje:

- 1) w zakresie zarzutu dotyczącego braku udostępnienia kodów źródłowych, dokumentacji oraz opisu interfejsów komunikacyjnych (...), koniecznych do rozbudowy Portalu pacjenta w zakresie modułu eRejestracji i modułu eWyników podniósł, że Zamawiający uczynił przedmiotem zamówienia rozbudowę już u niego funkcjonującego (...),

dopuszczając wybór dostawcy w trybie konkurencyjnym (możliwy do realizacji przez dowolnego Wykonawcę) przy czym zakres tej rozbudowy dotyczy jedynie działającego jako odrębne rozwiązanie portalu przeznaczonego dla pacjentów. Jednocześnie w wyjaśnieniach opublikowanych w dniu 23 października 2017 r. na stronie internetowej Zamawiający wskazał, że nie dysponuje prawami autorskimi do posiadanego portalu i tym samym nie udostępni dokumentacji ani kodów źródłowych wybranemu Wykonawcy, co powoduje, iż złożenie oferty i wykonanie zamówienia staje się przy obecnym kształcie SIWZ wręcz niemożliwe. Jest tak ponieważ Zamawiający de facto wymaga rozbudowy modułów i funkcjonalności portalu innego producenta, a jednocześnie nie zapewnia informacji i danych umożliwiających wycenę i realizację powyższych zadań. Zdaniem Odwołującego bezspornym jest, iż wykonawca który wdrożył posiadany przez Zamawiającego (...) (lub jego partner handlowy), składając ofertę, będzie w sytuacji uprzywilejowanej. Sytuacja, w której w SIWZ nie przewidziano udostępnienia informacji na temat funkcjonującego (...), niezbędnych z punktu widzenia rozbudowy tego systemu, nie tyle ogranicza, co właściwie eliminuje konkurencję w przedmiotowym postępowaniu. SIWZ wraz z opisem przedmiotu zamówienia został napisany w sposób, który uniemożliwia złożenie konkurencyjnej oferty przez podmiot inny niż M. Sp. z o.o. lub firmę partnerską oferującą produkty tej spółki albo też uzależnia możliwość złożenia oferty i jej wartość od decyzji firmy M. Sp. z o.o. lub firmy partnerskiej oferującej produkty tej spółki. Wskazał, że takie ukształtowanie treści SIWZ jest sprzeczne z Rekomendacjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych („Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych” Rekomendacje Prezesa UZP). W rekomendacji R.7.5 wskazano bowiem, że: „Określając zakres zamówienia winno się dążyć do rozdzielenia usług, których wykonawca może być wyłoniony w trybie konkurencyjnym od usług, w odniesieniu do wykonawstwa których konkurencja jest istotnie ograniczona. Powinno się unikać zbiegu umów prowadzącego do wykluczenia konkurencyjnego udzielania zamówień.” Zamawiający powinien zatem udostępnić, jako element OPZ, specyfikację techniczną posiadanego (...), wraz ze szczegółowym opisem Interfejsów wymiany danych. W sytuacji gdy Zamawiający nie dysponuje powyższymi elementami, powinien dopuścić możliwość wymiany modułów współpracujących z (...) na moduły dostarczane przez wybranego Wykonawcę oraz zapewnić dostosowanie (...) do interfejsów dostarczanych modułów.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący zażądał zmiany zapisów SIWZ w taki sposób

aby umożliwić wymianę posiadanego Portalu pacjenta na inny „równoważny” system stanowiący portal internetowy dla pacjentów wraz z podaniem pełnej listy funkcjonalności obecnie eksploatowanego Portalu pacjenta oraz zapewnienie przez Zamawiającego na jego koszt współpracy obecnego dostawcy HIS, który dostosuje się do opracowanych interfejsów nowo dostarczonego portalu.

- 2) W zakresie zaniechania wydzielenia części zamówienia polegającej na dostawie modułu mObchód wskazał, że zgodnie z załącznikiem do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia - podział zam. na 2 pakiety wraz z określeniem ich zakresu” w akapicie zaczynającym się od słów: „Przedmiot zamówienia (w ramach Pakietu Nr 2) obejmuje:” Zamawiający w lit. a) określił zadanie do realizacji, stanowiące integralną część pakietu tj, zakup i dostawę dodatkowego modułu oprogramowania mObchód zintegrowanego z istniejącym w Szpitalu (...) wraz z licencjami. W Załączniku do SIWZ „Pakiet nr 2 - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający określił zadania: (i) Dostawa licencji otwartej na Obchód oraz (ii) Wdrożenie modułu mObchód. Zapisy dokumentacji przetargowej wskazują zatem, że będący przedmiotem wdrożenia moduł mObchód stanowi element posiadanego przez Zamawiającego systemu (...). Zamawiający traktuje dodatkowy moduł jako element, który uzupełni posiadany już system i będzie stanowił dodatkowe narzędzie pracy personelu, który już teraz pracuje w tym systemie. Odwołujący wskazał, że moduł mObchód jest produktem z oferty firmy M. Sp. z o.o, który to podmiot jest dostawcą posiadanego przez Zamawiającego systemu (...). Zamawiający w opisie przedmiotu Zamówienia użył trzykrotnie znaku towarowego produktu mObchód co powoduje, że cały pakiet nr 2 dostarczyć może tylko ten Wykonawca, który posiada możliwość dostarczenia modułu mObchód. W efekcie cały pakiet nr 2 dostarczyć może tylko jedna firma, co czyni postępowanie pozbawionym znamion konkurencyjności. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący zażądał wydzielenia zadania „Zakup i dostawa dodatkowego modułu oprogramowania mObchód zintegrowanego z istniejącym w Szpitalu systemem (...) wraz z licencjami” do oddzielnego pakietu w ramach zamówienia lub do oddzielnego zamówienia.

W dniu 2 listopada 2017 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uznał w części zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający, odnosząc się do zarzutu:

- 1) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący,

nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie postawienia wymogu rozbudowy Portalu pacjenta tj. modułu eRejestracji i modułu eWyników, funkcjonujących w ramach posiadanego przez Zamawiającego Systemu Zarządzania Szpitalem (...) produkcji firmy M. sp. z o.o. (dalej „(...)"), bez jednoczesnego udostępnienia kodów źródłowych, dokumentacji oraz opisu interfejsów komunikacyjnych tego systemu – uznał przedmiotowy zarzut, dokonując jednocześnie zmian w treści SIWZ.

- 2) naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie wydzielenia części zamówienia polegającej na dostawie modułu mObchód opisanej przez wskazanie znaku towarowego, co prowadzi do pozbawienia możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia w zakresie Pakietu nr 2 innym wykonawców niż M. Sp. z o.o. – wskazał, że uznaje zarzut w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaku towarowego, opisującego objęte zamówieniem oprogramowanie, przeznaczone do zdalnego wykonywania wybranych czynności związanych z przedmiotem działalności Zamawiającego. W wyniku dokonanych korekt SIWZ dopuścił dostarczenie aplikacji równoważnej, w stosunku do wskazanej wcześniej w dokumentacji przetargowej i funkcjonującej u Zamawiającego aplikacji mObchód, zastępując znak towarowy sformułowaniem „moduł umożliwiający mobilny obchód”. Zamawiający nie uznał za zasadny zarzutu naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp, poprzez brak wydzielenia modułu oprogramowania umożliwiającego mobilny obchód jako odrębnej części zamówienia lub do oddzielnego zamówienia. Podkreślił, że po zmianie zapisów dokonanej w wyniku uwzględnienia pozostałych zarzutów, zarzut ten stał się bezprzedmiotowy.

Jednocześnie zwrócił uwagę, iż spełniony został wymóg określony w ustawie Pzp, nakazujący Zamawiającemu dokonanie podziału zamówienia na części, bowiem Zamawiający przewidział podział na dwa pakiety. Dalszy zaś podział zamówienia uniemożliwiłby ustalenie w przyszłości odpowiedzialności za ewentualne błędy systemu, jego bieżące awarie lub aktualizacje, mógłby skutkować brakiem spójności funkcjonalnej zakupionego oprogramowania, trudności techniczne w konfiguracji dostarczonych urządzeń i oprogramowania, niezgodnością systemu dziedzinowego i reguł komunikacji ze stworzonym systemem informacji przestrzennej. Zamawiający stoi na stanowisku, że wyżej wskazane okoliczności mogłyby spowodować wzrosty kosztów zakupu, instalacji a następnie eksploatacji systemu w skali niemożliwej aktualnie do przewidzenia. Podniósł również, iż fakt, że Wykonawca nie posiada w swojej ofercie

handlowej oprogramowania odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego nie jest wystarczającą przesłanką dla uznania zasadności odwołania.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący. W piśmie procesowym z 7 listopada 2017 r. odniósł się do zarzutu polegającego na zaniechaniu przez Zamawiającego wydzielenia części zamówienia polegającego na dostawie modułu umożliwiającego mobilny obchód. Wskazał, że wykreślenie z opisu przedmiotu zamówienia znaku towarowego nie powoduje istotnej zmiany w tym sensie, że w dalszym ciągu istnieje jeden podmiot który zdolny jest zrealizować zamówienie w zakresie pakietu nr 2. Moduł ten, jako komponent systemu (...) jest z nim nierozzerwalnie związany, nie stanowi odrębnego oprogramowania ale jego stały element. Wskazał, że brak jest technicznych możliwości realizacji tego fragmentu zamówienia przez Wykonawcę innego niż M. Sp. z o.o. bowiem wymagałoby to znajomości przez wybranego Wykonawcę: (i) struktury danych przechowywanych w bazie systemu (...), (ii) mechanizmów ewidencjonowania danych w tym tzw. mechanizmów walidacyjnych zapisanych w kodzie źródłowym oprogramowania zapewniających integralność danych istotną ze względu na bezpieczeństwo pacjentów (zagrożone w przypadku niespójności danych w systemie), (iii) mechanizmów uprawnień do danych w systemie (...), zarządzającego prawem do udostępnienia określonych danych grupom użytkowników. Odwołujący zaznaczył, że taka wiedza dostępna jest jedynie dla producentów systemów lub specjalistów, którzy mają dostęp do pełnych kodów źródłowych oprogramowania. W swoim piśmie podniósł, że realizacja zadania przez innego Wykonawcę możliwa byłaby jedynie w przypadku posiadania przez Zamawiającego prawa do choćby ograniczonych modyfikacji systemu HIS – (...) (jego bazy danych), aby umożliwić zapis danych określonych w wymaganiach. Ponieważ Zamawiający nie posiada praw autorskich do oprogramowania (wyjaśnienia z dnia 23 października 2017 r. – odpowiedź na pytanie nr 5), realizacja tego zadania nie jest możliwa. Odwołujący wskazał również, iż nietrafione są argumenty Zamawiającego wskazujące, że dalszy podział zamówienia na części jest niekorzystny, a z uwagi na to, że nabywane w Pakiecie nr 2 oprogramowanie jest przeznaczone dla różnych grup użytkowników i realizowane będzie w odmiennych technologiach, może zostać podzielone zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 2 listopada 2017 r., pismo procesowe Odwołującego z dnia 7 listopada 2017 r., protokół końcowy z przeprowadzonego dialogu

technicznego, złożony jako dowód, iż wiele podmiotów byłoby gotowych wziąć udział w postępowaniu, po wydzieleniu z pakietu drugiego modułu umożliwiającego mobilny obchód, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i chciałby złożyć ofertę. Na skutek czynności Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, ponieważ zapisy SIWZ w aktualnym kształcie, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba wzięła pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a także stanowiska i oświadczenia stron złożone w toku rozprawy, ustnie do protokołu. Zamawiający złożył pismo z 2 listopada 2017 r. „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”, w którym to wskazał, że uwzględni odwołanie w części, nie zgodził się natomiast z zarzutem Odwołującego, polegającym na naruszeniu art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust.1 ustawy Pzp, w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie wydzielenia części zamówienia polegającego na dostawie modułu oprogramowania mObchód jako odrębnej części zamówienia lub do oddzielnego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

- I. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego braku udostępnienia kodów źródłowych, dokumentacji oraz opisu interfejsów komunikacyjnych dla systemu (...), koniecznych do rozbudowy portalu pacjenta w zakresie modułu eRejestracja i modułu eWyniki oraz w zakresie zaniechania wydzielenia części zamówienia, polegającej na dostawie modułu mObchód, opisanej przez wskazanie znaku towarowego.

Zamawiający uwzględnił zarzuty w wyżej wymienionym zakresie. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Bezczelowe jest rozstrzygnięcie odwołania w części, której spór pomiędzy stronami już nie dotyczy. Jednocześnie informację o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego należy zamieścić w sentencji orzeczenia, nie w uzasadnieniu. Ustawodawca w art. 196 ust. 4 ustawy Pzp w sposób wyczerpujący określił elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę. Nie znalazła się tam wzmianka o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. (sygn. akt III CZP 111/15), uznając za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego identyczne stanowisko podzielono w wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z 28 czerwca 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1123/17.

II. Izba rozpoznała odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów tj. naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust.1 ustawy Pzp, w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie wydzielenia części zamówienia polegającego na dostawie modułu oprogramowania mObchód jako odrębnej części zamówienia lub do oddzielnego zamówienia, oddalając odwołanie w tym zakresie.

Mając na uwadze przedmiot niniejszego zamówienia, cele niniejszego projektu, jego złożoność i charakter Izba uznała, że zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust.1 ustawy Pzp, w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, nie potwierdził się.

Na wstępie należy zauważyć, że podział zamówienia na części sugeruje art. 46 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65). Stanowi on, że zamawiający mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach oraz określić wielkość i przedmiot takich części. Jeśli jednak podejmą decyzję, iż nie dokonają takiego podziału, winni są wskazać najważniejsze powody takiej decyzji, które zamieszczają w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu. Ustawa Pzp w art. 36aa ust. 1 wskazuje, że Zamawiający może dokonać podziału zamówienia na części, określając zakres i przedmiot tych części. W przypadku dokonania podziału, w SIWZ zobowiązany jest: opisać poszczególne części zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 2, oraz wskazać liczbę części zamówienia, na którą Wykonawca może

złożyć ofertę lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu Wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, jakie będą miały zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu Wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części. Przepisy ustawy Pzp nie nakładają więc na Zamawiającego bezwzględnie obowiązku dokonania podziału zamówienia na części, wyjaśniania przyczyn dla których nie dokonał takiego podziału, ale stanowią o uprawnieniu Zamawiającego. Taki obowiązek wynika z normy opisanej w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, dotyczącej konieczności prowadzenia protokołu postępowania. W sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania żaden z ww. przepisów nie został naruszony. Zamawiający dokonał podziału zamówienia na dwie części i opisał zakres tych części

w SIWZ. Należy zauważyć, że zarówno decyzja w zakresie samego podziału, jak też co do samego sposobu w jaki zostanie podzielone zamówienie, pozostawione jest autonomicznej woli Zamawiającego, który określa w tym zakresie swoje potrzeby, mając na uwadze w szczególności przedmiot zamówienia publicznego.

Swoboda Zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części ograniczona jest zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, a w niniejszym postępowaniu, co do ilości części nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie. Decyzja Zamawiającego o wydzieleniu dwóch pakietów i objęcie jednym pakietem (nr 2) różnych modułów nie prowadzi do braku możliwości zrealizowania zamówienia przez nieograniczoną liczbę Wykonawców. Przedstawiony przez Odwołującego protokół końcowy z przeprowadzonego dialogu technicznego dotyczył jedynie pozyskania informacji w zakresie dostępnych rozwiązań, funkcjonalności i możliwości konfiguracji dostępnych na rynku systemów kolejkowych i nie może stanowić dowodu na to, iż większa ilość firm byłaby gotowa wziąć udział w niniejszym przetargu w przypadku dokonania podziału zamówienia na mniejsze części, dotyczy bowiem innego systemu i służył jedynie opisaniu przedmiotu zamówienia, w innym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający, w zakresie Pakietu nr 2, zaniechał wydzielenia części zamówienia polegającej na dostawie modułu umożliwiającego mobilny obchód, co spowodowało, że jedynym podmiotem który może ubiegać się o udzielenie zamówienia w zakresie tego pakietu jest firma M. Sp. z o.o. Sytuacja ta nie zmieniła się nawet po usunięciu przez Zamawiającego z treści SIWZ znaku towarowego „mObchód”, która to nazwa przypisana jest do systemu (...), znajdującego się w posiadaniu szpitala. Wskazywał na to, iż dostawcy oprogramowania na rynku IT dla szpitali oferują swoje własne oprogramowanie dla mobilnego obchodu, jako część kompleksowego systemu, stosując swoje własne rozwiązania i nazewnictwo. Zdaniem Izby zarzut ten stał się jednak

nieaktualny, wobec uwzględnienia odwołania w zakresie, w jakim Zamawiający opisał przedmiot niniejszego zamówienia poprzez wskazanie znaku towarowego oraz deklarując, iż udostępni dokumentację oraz kody źródłowe do funkcjonującego w szpitalu systemu. Opisując moduł umożliwiający mobilny obchód sprecyzował wymagania w tym zakresie, wskazując jakie funkcjonalności musi on spełniać. Odwołujący nie wykazał, że dokonany w ten sposób opis przedmiotu zamówienia powoduje, że jedynym wykonawcą, który jest zdolny wykonać to zamówienie jest firma M. Sp. z o.o.

W ocenie Izby zakres zamówienia uzasadniał objęcie jednym pakietem kilku różnych modułów, współpracujących z istniejącym w szpitalu systemem (...) i wybór jednego Wykonawcy, który przyjmie na siebie ewentualne ryzyko niepowodzenia projektu, odpowiedzialność za ewentualne błędy czy awarie. Wywód Odwołującego i jego żądanie co do wydzielenia jednego, konkretnego modułu był nieprzekonywujący również z tego powodu, że stanowił jedynie jeden z wielu możliwych scenariuszy dokonania podziału zamówienia (pakietu nr 2) na dowolne, mniejsze moduły. Jak wskazywał sam Odwołujący każdy z nich przeznaczony był dla innych użytkowników szpitala (personelu w placówce, pacjentów w placówce, pacjentów korzystających z systemu przez internet), a zatem możliwym był również taki scenariusz, iż Zamawiający wydzieli jako odrębne części wszystkie z modułów składających się na pakiet nr 2.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w kwocie 15 000,00 zł.

Przewodniczący: