

Sygn. akt KIO 912/10

WYROK
z dnia 2 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 maja 2010 r. przez **TMS Sp. z o.o., ul. Wiernicza 84, 02-952 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **110 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Komeńskiego 35, 82-300 Elbląg**

przy udziale wykonawcy **Alteris Sp. z o.o., ul. PCK 6/3, 40-057 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego i zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża TMS Sp. z o.o., ul. Wiernicza 84, 02-952 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony

przez **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** na rzecz **Alteris Sp. z o.o., ul. PCK 6/3, 40-057 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

sygn. akt KIO 912/10

Zamawiający - 110 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę szesnastonarastwowego systemu tomografii komputerowej całego ciała oraz analogowego, stacjonarnego, uniwersalnego, zdalnie sterowanego aparatu RTG do zdjęć i prześwietleń wraz z przystosowaniem pomieszczeń w Zakładzie Diagnostyki Obrazowej zgodnie z przedmiotem projektu oraz wprowadzeniem usługi teleradiologii”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 9 kwietnia 2010 roku pod poz. 2010/ S 69 – 103374.

Odwołujący podniósł, że dokonana przez zamawiającego modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 10 maja 2010 roku (pyt. 14, 15, 16, 18 i 20) stanowi naruszenie art. 7 ust 1 i art. 29 ust 1-3 ustawy Pzp przez :

- opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny
- opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przez dokonanie modyfikacji SIWZ i wprowadzenie do niej parametru granicznego uniemożliwiającego odwołującemu złożenie ważnej, konkurencyjnej, nie podlegającej odrzuceniu oferty.

Odwołujący podniósł, że zamawiający przez wskazaną modyfikację zwiększył zakres zamówienia o:

- zakup licencji oprogramowania RIS/PACS do wykonania takiej integracji od producenta systemu RIS/PACS (pyt 15)- przy czym nie sprecyzował o jakie licencje chodzi i jakie są ceny ich nabycia.
- rozbudowę systemu i uruchomienie go na sprzęcie komputerowym posiadanym przez Szpital (pyt 16) – przy czym brak informacji o jaką rozbudowę chodzi , uruchomienie na jakim sprzęcie komputerowym posiadanym przez Szpital (Zamawiającego) i jakie są nakłady finansowe niezbędne do spełnienia tego warunku
- szkolenia personelu z zakresu obsługi systemu RIS/PACS w ramach rozbudowy (pyt 18) – przy czym brak informacji o zakresie szkoleń, ilości szkolonego personelu i nakładach finansowych z tym związanych
- ponoszenie wszystkich koszty związanych z rozbudową systemu przez Wykonawcę (pyt 20) – przy czym brak specyfikacji kosztów i ich wielkości wyrażonych w PLN

Odwołujący wskazał, że wykonanie zamówienia na dostawę, wdrożenie i nadzorowanie systemu do pośredniej radiografii cyfrowej z systemami archiwizacji i dystrybucji obrazów RTG i USG powierzono firmie Alteris Sp. z o.o., co oznacza, że dodatkowe licencje RIS/PACS na potrzeby integracji systemu archiwizacji i dystrybucji obrazów RTG i USG z systemem tomografii komputerowej oraz stosowne szkolenia może zrealizować jedynie firma Alteris Sp. z o.o.. Odpowiedzi nie uściśliły wymagań SIWZ, nie dostarczyły nowych informacji, ale wprowadziły nowe wymagania w postaci dodatkowych dostaw i szkoleń.

Zatem Alteris Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu może być wykonawcą omawianego postępowania lub jednocześnie oferentem - podwykonawcą uzależniającym, pozostałych potencjalnych wykonawców, swoją ofertą wspomnianej integracji systemu PACS i licencji oraz szkoleń.

Odwołujący wskazał, że jest to rażące naruszenie przepisów w zakresie równego traktowania wykonawców i zachowania zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający określając przedmiot Zamówienia winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców i winien unikać wymogów stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudniających uczciwą konkurencję. Zapisy SIWZ i efekt wprowadzonych modyfikacji mogą sugerować faworyzowanie firmy Alteris Sp. z o.o..

Odwołujący uważa, że Zamawiający ma prawo żądać integracji istniejącego oprogramowania (systemu RIS) kupowanym systemem tomografii komputerowej, o ile nie ogranicza to konkurencji i zapewnia równe traktowanie wykonawców, a więc nie negował wymogu jego integracji z istniejącym oprogramowaniem RIS/PACS, w brzmieniu treści pkt. XI WYPOSAŻENIE DODATKOWE.4 Załącznika 2.1 do SIWZ „Integracja z istniejącym systemem do archiwizacji i dystrybucji danych PACS/RIS” przed modyfikacją. Wprowadzony zakres i sposób modyfikacji (brak jednoznaczności opisu, szczegółowej specyfikacji oczekiwanej przez Zamawiającego rozbudowy systemu RIS/PACS, szkoleń i kosztów związanych z rozbudową systemu RIS/PACS) jest sprzeczny z treścią ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- anulowanie modyfikacji SIWZ w zakresie podniesionym w odwołaniu
- lub
- utrzymanie wspomnianej modyfikacji SIWZ w mocy z zastrzeżeniem, że jej skutki finansowe poniesie zamawiający, a także zamawiający udostępni wszelkie

niezbędne informacje merytoryczne wynikające z tej modyfikacji, które to informacje umożliwią odwołującemu sporządzenie oferty nie podlegającej odrzuceniu w zmodyfikowanym parametrze granicznym.

ewentualnie:

- unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 26 maja 2010 roku wniósł odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o uwzględnieniu argumentów odwołującego i postanowił anulować modyfikację siwz i przywrócić wersję pierwotną, zgodnie z wnioskiem odwołującego.

Do postępowania odwoławczego zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego – Alteris Sp. z o.o., który w dniu 31 maja 2010 roku zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wskazał, że kwestionowane przez odwołującego postanowienia siwz nie stanowią zagrożenia naruszenia zasady równości wykonawców i przejawu nieuczciwej konkurencji. Podniósł, że zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Do posiadania systemu RIS/ PACS zobowiązuje zamawiającego rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 27.03.2008 roku w sprawie bazy danych urządzeń radiologicznych. Nadrzędnym celem jest kontynuacja budowy spójnego systemu informatycznego obsługującego urządzenie w Zakładzie Diagnostyki Obrazowej, a także racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Zaoferowanie innego oprogramowania, jak i samodzielna ingerencja czy jakakolwiek modyfikacja już istniejącego oprogramowania nie jest możliwa bez zakupu licencji. Przystępujący zobowiązał się do równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie. Pełna zgodność oprogramowania i systemów pracujących na różnych urządzeniach i pracowniach zamawiającego jest możliwa wyłącznie przez wykupienie licencji od przystępującego. Przystępujący zwrócił uwagę na dodatkowe trudności jakie wystąpiłyby po stronie zamawiającego gdyby zaniechał opisanego przedmiotu zgodnie z oczekiwaniami odwołującego. Wskazał, że utrzymanie w mocy modyfikacji siwz jest racjonalne i zgodne ze sprawdzonymi praktykami w całym kraju np. postępowanie w Warszawie w Szpitalu przy ul. Banacha 1a, w Raciborzu w Szpitalu Rejonowym, w Bydgoszczy w Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum, gdzie zamawiający wprost wymagali rozbudowy istniejących systemów. Przystępujący powołał orzecznictwo KIO oraz Sądów Okręgowych. Wskazał, że odwołujący nie tylko może zaoferować opisany przedmiot zamówienia, ale także może uzyskać zamówienie. Odwołujący, nie udowodnił, że nie będzie w stanie złożyć oferty.

Wskazał, że oprogramowanie Alteris Sp. z o. jest jedynie nieznacznym elementem w skali całego zamówienia, a zatem zarzut braku zapewniania konkurencji jest niezasadny. Każdy z wykonawców może kupić od Alteris przedmiotowe oprogramowanie. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne Izba ustaliła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w dniu 9.04.2010 r. tj. po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) do jego rozpoznania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. (*dalej „ustawa Pzp”*) a także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

Izba ustaliła, że w dniu 10 maja 2010 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej pismo nr 415 „Odpowiedzi i modyfikacja”, w którym udzielił odpowiedzi o treści „TAK” na następujące pytania:

Pytanie 14 „Czy Zamawiający poprzez integrację rozumie rozbudowę posiadanego przez Szpital systemu RIS/PACS”?

Pytanie 15 „Czy Zamawiający wymaga zakupu licencji oprogramowania RIS/PACS (jeśli to konieczne) do wykonania takiej integracji od producenta systemu RIS/PACS ”?

Pytanie 16 „Czy Zamawiający wymaga rozbudowy systemu i uruchomienia go na sprzęcie komputerowym posiadanym przez Szpital”?

Pytanie 18 „Czy Zamawiający w ramach rozbudowy wymaga szkoleń personelu z zakresu obsługi systemu RIS/PACS”?

Pytanie 20 „Czy wszystkie koszty związane z rozbudową systemu są po stronie wykonawcy ?

W ten sposób, zamawiający zmienił pierwotne postanowienie punktu XI WYPOSAŻENIE DODATKOWE Załącznika 2.1 do SIWZ, które określało wymóg:

*„Integracja z istniejącym systemem do archiwizacji i dystrybucji danych PACS/RIS” - „ TAK”
„bez oceny”*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz oświadczenia i stanowiska odwołującego, zamawiającego oraz przystępującego do postępowania odwoławczego, zgłaszającego sprzeciw złożone do protokołu rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Wobec spełnienia przesłanek ustawowych określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że wykonawca - Alteris Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i stał się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Wobec wniesienia w dniu 31 maja 2010 roku pisemnego sprzeciwu od uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wobec stwierdzenia, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania do rozprawie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wstępie Izba wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a na zamawiającym spoczywa obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości co do zakresu objętego przedmiotem zamówienia.

Przeprowadzona rozprawa i zaprezentowane stanowiska stron, dowiodły, że pierwotna treść siwz, która określała wymóg integracji z istniejącym systemem do archiwizacji i dystrybucji danych PACS/RIS nie określała w sposób wyczerpujący i precyzyjny zakresu rzeczowego i finansowego przedmiotu zamówienia. Zamawiający i odwołujący nie zaprzeczyli twierdzeniom zgłaszającego sprzeciw, że dla uzyskania efektu integracji z istniejącym systemem RIS/PACKS produkcji Alteris Sp. z o.o. koniecznym jest zakupienie dodatkowej licencji, która umożliwi połączenie (integrację) posiadanego już przez zamawiającego systemu RIS/PACKS z tomografem komputerowym, objętym przedmiotem niniejszego postępowania o zamówienie publiczne. Zatem stanowisko zamawiającego, co do uznania w całości zarzutów odwołania i uwzględnienie żądania odwołującego co do anulowania dokonanej w dniu 10 maja 2010 roku modyfikacji treści siwz należy uznać za niezasadne. Pozostawienie ogólnego wymogu dotyczącego zapewnienia integracji z istniejącym systemem bez jasnego i precyzyjnego określenia zakresu objętego przedmiotem zamówienia i podania wszystkich niezbędnych elementów w celu realizacji tego wymogu tj: zakupu licencji, przeprowadzenia szkoleń oraz bez ustalonych jasno rozwiązań co do kwestii

finansowych: kogo obciążają koszty zakupu licencji, szkoleń, powoduje, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób nieprecyzyjny, co może w konsekwencji doprowadzić do złożenia ofert nieporównywalnych cenowo, obejmujących odmienny niż oczekiwany przez zamawiającego zakres przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby dokonane w dniu 10 maja 2010 roku wyjaśnienia, w odpowiedziach na pytania nr 14, 15, 16, 18 i 20 stanowią próbę doprecyzowania zakresu rzeczowego i finansowego przedmiotu zamówienia, a zatem ich pozostawienie w mocy jest jak najbardziej zasadne.

Z treści wskazanych odpowiedzi na pytania wynika, że zamawiający wymaga zakupu licencji oprogramowania RIS/PACKS do wykonania integracji systemu od producenta systemu oraz przeprowadzenia szkoleń personelu z zakresu obsługi RIS/PACKS a koszty związane z rozbudową obciążają wykonawców.

Izba zwraca uwagę także na okoliczność, że sam zamawiający w trakcie rozprawy - po wysłuchaniu stanowisk wykonawców - stwierdził, że widzi potrzebę dalszego doprecyzowania opisu wymagań określonych w siwz udzielonych odpowiedzi, co zdaniem Izby może być przez zamawiającego zrealizowane samodzielnie w oparciu o dyspozycję art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający jako „gospodarz” postępowania o zamówienie publiczne dążyć do precyzyjnego, jasnego określenia wymogów i zakresu przedmiotu zamówienia, tak aby uzyskać oczekiwany efekt. Na konieczność doprecyzowania udzielonych wyjaśnień w dniu 10 maja 2010 roku wskazał także sam odwołujący, który w trakcie rozprawy sformułował żądanie utrzymania w mocy udzielonych w dniu 10 maja 2010 roku wyjaśnień i doprecyzowanie ich o zakres rzeczowy i finansowy.

Rozpatrując odwołanie w granicach zarzutów w nim podniesionych, Izba stwierdziła, że przez dokonane w dniu 10 maja 2010 roku wyjaśnienia treści siwz, zamawiający nie naruszył postanowień art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, ponieważ celem wprowadzonych zmian było dążenie do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny. Kwestionowana przez odwołującego zmiana siwz z dnia 10 maja 2010 roku nie naruszyła zasady uczciwej konkurencji i nie uniemożliwiła odwołującemu złożenia ważnej, konkurencyjnej i nie podlegającej odrzuceniu oferty.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zgłoszonego jako alternatywne, żądania odwołującego co do unieważnienia przedmiotowego postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz ust. 10 a także art. 186 ust. 6 pkt 3 a ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 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), uwzględniając koszty wynagrodzenie pełnomocnika przystępującego do postępowania odwoławczego, który wniósł sprzeciw w wysokości 3 600 zł, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą VAT.

Przewodniczący:

.....