

**Sygn. akt: KIO 2553/19**

**Sygn. akt: KIO 2565/19**

**WYROK**  
**z dnia 13 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2020r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2019r. przez:

- A. **ASSECO Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (Sygn. akt: KIO 2553/19),**
- B. **KONSULTANT IT Sp. z o.o. ul. Romana Maya 1, 61-371 Poznań (Sygn. akt: KIO 2565/19)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Piotrkowie Trybunalskim ul. Rakowska 15, 97-300 Piotrków Trybunalski**

przy udziale:

- A. **KONSULTANT IT Sp. z o.o. ul. Romana Maya 1, 61-371 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2553/19 po stronie zamawiającego.
- B. **ASSECO Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2565/19 po stronie zamawiającego.

orzeka:

**1A. oddala odwołanie Asseco Poland S.A.**

**1B. uwzględnia odwołanie Konsultant IT Sp. z o.o. i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Asseco Poland S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oferty, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**

**2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Piotrkowie Trybunalskim ul. Rakowska 15, 97-300 Piotrków Trybunalski oraz Asseco Poland S.A. i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: **Asseco Poland S.A. oraz Konsultant IT Sp. z o.o.** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Odwołującego **Asseco Poland S.A** na rzecz wykonawcy wnoszącego sprzeciw **Konsultant IT Sp. z o.o.** w postępowaniu odwoławczym o Sygn. akt KIO 2553/19 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

2.3. zasądza od **Samodzielnego Szpitala Wojewódzkiego im. Mikołaja Kopernika w Piotrkowie Trybunalskim ul. Rakowska 15, 97-300 Piotrków Trybunalski** na rzecz Odwołującego **Konsultant IT Sp. z o.o.** w postępowaniu odwoławczym o Sygn. akt KIO 2565/19 kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

2.4. zasądza zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsultant IT Sp. z o.o.** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) z tytułu uiszczenia wpisu w zbyt dużej wysokości.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Samodzielny Szpital Wojewódzki im. M. Kopernika w Piotrkowie Trybunalskim - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na serwis i rozbudowę systemu informatycznego HIS w Samodzielnym Szpitalu Wojewódzkim im. M. Kopernika w Piotrkowie Trybunalskim. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 626778-N-2019 w dniu 22 listopada 2019r. Postępowanie prowadzone jest w na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), *zwanej dalej Pzp*. W dniu 16 grudnia 2019r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania Asseco Poland S.A. (Sygn. akt KIO 2553/19) oraz Konsultant IT (Sygn. akt KIO 2565/19).

### Sygn. akt KIO 2553/19

Odwołujący Asseco Poland S.A. wniósł odwołanie od:

1. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Konsultant IT Sp. z o.o. pomimo iż w przedmiotowej ofercie wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji;
2. niezgodnej z przepisami ustawy czynności oceny wyjaśnień RNC złożonych przez Konsultant IT w trybie art. 90 Pzp;
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp tj. zaniechania odrzucenia oferty Konsultant IT, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Konsultant IT nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ponieważ złożone wyjaśnienia RNC nie obalają domniemania, że oferta Konsultant IT zawiera rażąco niską cenę;
4. prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsultant IT, podczas gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsultant IT pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Konsultant IT, nie złożył wyjaśnień obalających domniemanie RNC;

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy Pzp);

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności oceny ofert, unieważnienie czynności oceny oferty Konsultant IT, odrzucenie oferty Konsultant IT i dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił, że Konsultant IT w sposób nieuzasadniony dokonał w formularzu ofertowym przerzucenia kosztów licencji i wdrożenia nowych funkcji obligatoryjnych do kosztów usług serwisowych, za które przewidział stawkę kilkukrotnie wyższą niż rynkowa. Wskazał, że taka „inżynieria cenowa” doprowadziła do tego, że oferta z wyższą ceną jest z punktu widzenia kryteriów cenowych lepiej oceniana od oferty tańszej i zawierającej więcej punktowanych funkcjonalności. Dzięki przerzuceniu kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami oferta Konsultant otrzymała taką samą ilość punktów co oferta Asseco, pomimo, że oferta Asseco była cenowo znacznie korzystniejsza. Odwołujący wskazał, że takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż przerzucenie kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami ceny jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza interes Zamawiającego. Odwołujący zauważył, że Zamawiający w formularzu ofertowym celowo rozgraniczył opłatę licencyjną oraz opłatę za usługi wdrożenia od usług serwisowych. Dokładnie opisał w Załączniku nr 2 do SIWZ ust. 2 pkt 2 zakres usług serwisowych o wymagał podania kwoty za wykonanie usług serwisowych w wymiarze 180 godzin/rok= 540 godzin łącznie za całe zamówienie. Zdaniem Odwołującego poz. „opłata licencyjna” nie oznacza tylko kwoty za nowe licencje, ale również opłaty za „dostęp do nowych wersji” czyli modyfikację, aktualizację oprogramowania objętego zamówieniem. Ta opłata została zaniżona, gdyż niska cena gwarantowała „dobrą punktację”. Natomiast w poz. 4 wynagrodzenie za usługę serwisową wykonawca Konsultant IT podał kwotę 1 036 152 zł brutto co po przeliczeniu 540 godzin daje ok. 1 919 zł brutto za godzinę. Kwota ta przewyższa aż 10-krotnie średnią stawkę rynkową. Porównując zamówienia na utrzymanie HIS ogłaszane przez Zamawiającego w 2017 i 2018r. stawka ta przekracza prawie 8-krotnie stawkę oferowaną w poprzednich latach.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w zakresie opłaty licencyjnej oraz usług wdrożeniowych zaproponowana cena za korzystanie z systemu przez okres 36 miesięcy na kwotę 36 000 netto (1000zł miesięcznie) oraz wdrożenie obligatoryjnych funkcjonalności 20 000 zł i dodatkowych funkcjonalności 10 000 netto jest rażąco niską.

Zamawiający, w piśmie z dnia 3.01.2020r., poinformował, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. W dniu 6.01.2020r. wykonawca Konsultant IT, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Przystępujący podtrzymał wniosek zawarty w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł o odrzucenie odwołania Asseco Poland, z uwagi na to, że dotyczy ono czynności innych niż wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp. Na wypadek, gdyby odwołanie nie podlegało odrzuceniu to Odwołujący wniósł o jego oddalenie z uwagi na brak spełnienia materialnoprawnych przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Wskazał, że Asseco ma interes w uzyskaniu zamówienia, jednak nie może ponieść szkody w wyniku zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego. Kwestię poniesienia szkody należy odnosić do ryzyka związanego z wniesieniem odwołania przez Konsultant It. Odwołujący powołuje się bardzo ogólnie na „pogorszenie” swojej sytuacji, tym samym szkoda ma charakter hipotetyczny i nie stanowi materialnoprawnej przesłanki odwołania. Nie zgadzając się ze stanowiskiem Odwołującego, Przystępujący Konsultant IT wyjaśnił, że cena wskazana w poz. 1 formularza ofertowego (opłata licencyjna) jest pochodną ceny licencji zaoferowanej przez producenta oraz marży wykonawcy. Wysokość ceny zaoferowanej przez producenta, uwzględniającej rabat, potwierdza z kolei oświadczenie stanowiące załącznik nr 2 do wyjaśnień. Ceny wskazane przez Konsultant IT w poz. 2-3 formularza ofertowego (wdrożenie nowych funkcji obligatoryjnych i fakultatywnych) są pochodną stawki za godzinę pracy członka personelu oraz szacunków co do pracochłonności wdrożenia. Konsultant It zamierza rozbudować istniejący system, co istotnie przekłada się na zakres koniecznych prac. Zestawienie planowych prac w zakresie realizacji zadania wraz z określeniem szacowanych roboczogodzin znajduje się w załączniku nr 1 do wyjaśnień. Stawka opisana w wyjaśnieniach za godzinę pracy jest rynkową stawką za świadczenie specjalistycznych usług na rynku wdrożeń systemów IT klasy HIS. Uwzględnia ona nie tylko koszty zatrudnienia, ale także koszty zarządzania, rezerwę na ryzyko i marżę. Cena z poz. 4 nie była przedmiotem wyjaśnień. Twierdzenie Asseco, że opłata na nadzór autorski nad oprogramowaniem winna być wkalkulowana razem z opłatą licencyjną nie ma żadnego pokrycia w wymaganiach SIWZ. Zdaniem Przystępującego kwota z poz. 1, mając na uwadze treść pkt 5lit. B Załącznika 2 do SIWZ mogła dotyczyć jedynie kosztów licencji na nowe moduły oprogramowania, a nie wynagrodzenia za nadzór autorski, w tym bieżące aktualizowanie oprogramowania, którego zakres nie jest jeszcze znany. Dlatego, zdaniem Konsultant jedynym miejscem na ujęcie kosztów nadzoru autorskiego była poz. 4 dotycząca usług serwisowych, co jest zbieżne w powszechną praktyką rynkową. Zarówno producenci oprogramowania jak i zamawiający uznają udostępnienie nowych wersji oprogramowania za integralną część usług

serwisowych. O takiej praktyce świadczą postępowania, które Przystępujący przywołał w treści pisma, składając dowody w postaci fragmentów dokumentacji tych postępowań.

#### KIO 2565/19

Odwołujący Konsultant IT Sp. z o.o. zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco, mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny oraz dokonanie zmiany w treści formularza ofertowego złożonego przez Asseco, mimo że nie doszło do popełnienia oczywistej omyłki rachunkowej,
2. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Asseco do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, pomimo że zaoferowana przez Asseco cena jest rażąco niska w odniesieniu do wdrożenia nowego systemu klasy HIS, mającego zastąpić system używany obecnie przez Zamawiającego,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco, pomimo że wykonawca ten zaoferował cenę usług poniżej rzeczywistych kosztów, w celu eliminacji innych przedsiębiorców (uniemożliwienia im uzyskania zamówienia), w zakresie wdrożenia nowego systemu klasy HIS, mającego zastąpić system używany obecnie przez Zamawiającego,
4. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Asseco do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, mimo że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie V.1.2 iit. a) SIWZ, ponieważ nie przedłożył aktualnego dokumentu potwierdzającego posiadanie praw autorskich do szpitalnego systemu informatycznego Eskulap lub autoryzacji od właściciela majątkowych praw autorskich w zakresie wymaganym niniejszym postępowaniem,
5. art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez uznanie za najkorzystniejszą oferty Asseco, mimo że nie jest to oferta najkorzystniejsza spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b. odrzucenia oferty Asseco,
- c. ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutów prowadzących do odrzucenia oferty

Asseco, nakazanie wezwania Asseco do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia cen, a także do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie V.1.2 lit. a) SIWZ

Odwołujący wskazał, że Asseco zgodnie z dokonaną przez Zamawiającego zmianą SIWZ zaferował wykonanie zamówienia przez wymianę w pierwszej kolejności obecnego systemu HIS na równoważny, dopiero w dalszej kolejności mają zostać wdrożone funkcjonalności dodatkowe.

Odwołujący zarzucił, że w formularzu ofertowym Aseeco doszło do błędu w obliczeniu ceny a działanie Zamawiającego polegające na uznaniu, że stanowi on omyłkę i dokonaniu jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp było niedopuszczalne. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający mógł dostrzec rozbieżność między ceną netto a ceną brutto w poz. 2 formularza. Wynikało z niej, że Asseco zastosowało nieznaną polskiemu ustawodawstwu stawkę VAT równą ok. 183%. Zamawiający w żaden sposób nie mógł jednak ustalić, która z kwot powinna być uznana za właściwą. Innymi słowy, niemożliwe było samodzielne ustalenie, czy:

- a) prawidłowa jest kwota brutto,
- b) prawidłowa jest kwota netto,
- c) błąd dotyczy zastosowania stawki VAT

Odwołujący stwierdził, że cena oferty Asseco za wymianę systemu HIS na nowy jest nierealna z pkt widzenia szerokiego zakresu prac zadeklarowanego w ofercie. Nie wskazano w której rubryce formularza oferty została podana cena za wymianę systemu na nowy, ponieważ Zamawiający nie przewidział w tym względzie osobnej rubryki. Odwołujący wskazał, że zastąpienie istniejącego systemu nowym systemem HIS o identycznym zakresie funkcjonalności wiąże się z nakładem pracy przynajmniej ok. 2000 godzin, dodatkowym czynnikiem jest wynagrodzenie za bezterminowe licencje na zastępcze oprogramowanie. Przyjmując, że za wdrożenie Asseco przewiduje stawkę jak za usługi serwisowe 135 netto to sama realizacja prac wdrożeniowych związanych z zastąpieniem obecnego systemu nowym przekłada się na wynagrodzenie co najmniej 270 000 netto (332 100 brutto). Do tego należy dodać wynagrodzenie za licencje na nowy His oraz wynagrodzenie za wdrożenie dodatkowych licencji. Cena z formularza ofertowego jest nieadekwatna do samego zastąpienia systemu His nowym systemem.



W zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący wskazał, że w punkcie V.1.2 lit. a) SIWZ Zamawiający postawił warunek, aby wykonawca posiadał „aktualny dokument potwierdzający posiadanie praw autorskich do szpitalnego systemu informatycznego Eskulap lub autoryzację od właściciela majątkowych praw autorskich w zakresie wymaganym niniejszym postępowaniem”.

Mimo dokonanej modyfikacji z dnia 29 listopada 2019r., dopuszczającej obok rozbudowy systemu także wdrożenie zastępczego systemu zawierającego obecne oraz dodatkowe funkcjonalności to Zamawiający nie zmodyfikował warunku udziału w postępowaniu. Takie działanie jest w pełni racjonalne, bo ponieważ także czynności związane z wymianą systemu Eskulap na nowy system wiążą się z korzystaniem z systemu Eskulap w zakresie wymagającym autoryzacji uprawnionego z tytułu majątkowych praw autorskich. Dotyczy to w szczególności prac związanych z migracją danych z obecnego systemu do nowego systemu, które wymagają korzystania z utworów w rozumieniu prawa autorskiego składających się na obecny system.

Z kolei według wiedzy Odwołującego, Zamawiający korzysta obecnie z systemu Eskulap w ramach licencji udzielonej Województwu Łódzkiemu. Według wiedzy Odwołującego, warunki licencyjne dotyczące korzystania z systemu Eskulap zobowiązują do korzystania z niego wyłącznie w celu i w zakresie jego przeznaczenia, a także zakazują udostępniania osobom trzecim zarówno oprogramowania, jak i struktur danych. Mając na względzie, że w ramach wymiany systemu na nowy konieczne jest uzyskanie takiego dostępu przynajmniej w celu należytego wykonania prac migracyjnych, w pełni uzasadnione było wymaganie posiadania autoryzacji właściciela praw do systemu Eskulap także od wykonawcy deklarującego wymianę systemu na nowy.

Tymczasem wykonawca Asseco nie przedstawił dokumentu potwierdzającego posiadanie praw, ani autoryzacji właściciela praw do systemu Eskulap, a jedynie pismo z 10 września br. dotyczące praw do systemu informatycznego AMMS. Dokument ten nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, wykonawca Asseco powinien zostać wezwany do uzupełnienia stosownego dokumentu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania Konsultant IT, składając swoje pisemne stanowisko do akt sprawy.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołania nie zawierały braków formalnych oraz został uiszczony od nich wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba oddaliła wniosek Przystępującego Konsultant IT o odrzucenie odwołania wniesionego przez Asseco, wskazując, że art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, który odnosi się do „wyboru oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko, w tym również jako zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy, co potwierdza jednolite orzecznictwo KIO w tym zakresie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego Konsultant IT co do braku spełnienia materialnoprawnych przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp z uwagi na to, że Asseco nie może ponieść szkody na skutek zaskarżonych w swoim odwołaniu czynności i zaniechań Zamawiającego. W tym zakresie Izba uznała, że w sytuacji wniesienia tzw. odwołań wzajemnych, pozycja każdego z wykonawców może ulec zmianie na skutek uwzględnienia odwołania innego wykonawcy, stąd w odniesieniu do obu wykonawców zachodzą przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp.

### **Odwołanie Asseco Sygn. akt: KIO 2553/19**

#### **Odwołanie podlega oddaleniu.**

Przedmiotem zamówienia publicznego jest dostęp do nowych wersji, realizacja opieki serwisowej w zakresie eksploatacji szpitalnego systemu informatycznego HIS „Eskulap” wraz z rozbudową systemu o dodatkowe funkcje oraz ich wdrożeniem. W załączniku nr 2 do SIWZ Szczegółowe wymagania i opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający podał, że:

Przedmiot zamówienia obejmować będzie w szczególności:

- 1) modyfikacja i aktualizacja oprogramowania objętego Zamówieniem zgodnie ze zmieniającymi się przepisami ogólnymi, rozporządzeniami, ustawami, obowiązującymi wykładnikami prawnymi oraz wymogami instytucji z którymi Zamawiający pozostaje w interakcji (Narodowy Fundusz Zdrowia, Ministerstwo Zdrowia i inne),

2) Usługi serwisowe:

- konsultacje i pomoc serwisowa w zakresie funkcjonowania Produktu oraz wszelkich zmian definiowalnych elementów Produktu
- konsultacje w zakresie nowych wersji Produktu
- instalacje modułów testowych na życzenie Użytkownika
- pomoc w eksploatacji Produktu
- działania programistyczne dotyczące Produktu

może być wykonywana w siedzibie Zamawiającego albo poprzez połączenie zdalne lub jako konsultacje telefoniczne,

3) rozbudowa systemu o dodatkowe funkcje wraz z ich wdrożeniem,

4) świadczenie usług serwisowych realizowane będzie w wymiarze pakietu minimum 180 roboczogodzin rocznie, wraz z kosztami dojazdu, w okresie obowiązywania Umowy. Ilość godzin nie dotyczy usług wykonywanych w ramach udzielonej gwarancji na wdrożone funkcjonalności.

W pkt 5 lit B Załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający podał, iż w przypadku, gdy uruchomienie wskazanych wyżej funkcji wymagało będzie posiadania odpowiednich licencji na moduły Programu, Wykonawca zobowiązany będzie do ich dostarczenia w ilościach pozwalających na korzystanie z nich we wszystkich posiadanych przez Zamawiającego modułach, w których mogą być użyte.

W pkt 5 lit F Załącznika nr 2 do SIWZ, podano, że Wykonawca udziela gwarancji na wdrożone funkcjonalności - Zamawiający określa minimalny okres gwarancji: 18 miesięcy gwarancji na wdrożone funkcjonalności przedmiotu zamówienia. W trakcie trwania gwarancji Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia wady w ciągu maksymalnie 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia Wykonawcy /poza ilością godzin serwisu określonymi w niniejszym Załączniku nr 2 do SIWZ.

W odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców Zamawiający w dniu 29.11.2019r. dopuścił wymianę posiadanego systemu HIS na rozwiązanie równoważne przez wymianę obecnie funkcjonujących modułów systemu informatycznego HIS, w zakresie niezbędnym do funkcjonowania placówki wraz z wdrożeniem nowych (wskazanych w SIWZ) funkcjonalności.

W rozdz. X pkt 10 i 11 SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty, Zamawiający podał „Ceny oferty muszą być podane w PLN brutto i netto oraz zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia oraz ewentualne rabaty. Ceny winny być wpisane przez Wykonawców do formularza „Oferta cenowa” Załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ. Koszty nie

uwzględnione w „Ofercie cenowej” - Załączniku nr 1 nie zostaną uwzględnione w umowie i jej realizacji.

W rozdz. XI Opis sposobu obliczenia ceny oferty, Zamawiający podał:

1. Cena oferty uwzględniająca wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
2. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia.
3. Cena nie ulega zmianie przez okres trwania umowy.
4. Cenę należy obliczyć zgodnie z Załącznikiem nr 1 - „Oferta cenowa.

Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

- |  |      |
|--|------|
| 1. Cena wdrożenia funkcjonalności obligatoryjnych  | 45 % |
| 1. Wynagrodzenie za usługi serwisowe               | 15 % |
| 2. Czas usunięcia awarii                           | 10 % |
| 3. Ilość uruchomionych funkcjonalności dodatkowych | 30 % |

§ 5 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, określił terminy płatności:

- Faktura za wdrożenie nowych funkcji zostanie wystawiona po podpisaniu każdorazowo protokołu zdawczo-odbiorczego (po wdrożeniu funkcjonalności obligatoryjnych oraz po wdrożeniu funkcjonalności dodatkowych). Faktura za wdrożenie będzie płatna w terminie 60 dni od doręczenia faktury.

- Opłata licencyjna będzie płatna na podstawie wystawionej w terminach i na zasadzie określonych w obowiązujących przepisach faktury, w terminie 30 dni od dnia wystawienia faktury.

- Wynagrodzenie za usługi serwisowe płatne będzie miesięcznie, na podstawie faktury wystawionej na koniec miesiąca rozliczeniowego, w terminie 60 dni od dnia doręczenia poprawnie wystawionej faktury. Okresem rozliczeniowym jest miesiąc kalendarzowy.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Nie ulega wątpliwości, iż w poz. 4 Formularza cenowego wykonawca Konsultant IT oprócz wynagrodzenia za usługi serwisu w ilości 540 godzin ujął dostęp do nowych wersji przez okres 36 miesięcy oraz rezerwę związaną z dodatkowym ryzykiem umownym, w tym gwarancją, opóźnieniem dostawy nowej wersji oraz karami umownymi. Wykonawca Konsultant w toku rozprawy potwierdził te okoliczności. Podzielić należy stanowisko zaprezentowane przez pełnomocnika przystępującego Konsultant IT, iż formularz cenowy przygotowany przez Zamawiającego nie odpowiadał w pełni zakresowi przedmiotu zamówienia, jaki należało uwzględnić w cenie oferty. Brak było w SIWZ informacji o tym, w

której z 4 pozycji formularza cenowego wykonawcy winni ująć wynagrodzenie za aktualizację i modyfikację oprogramowania objętego zamówieniem, zgodnie ze zmieniającymi się przepisami ogólnymi, rozporządzeniami, ustawami, obowiązującymi wykładniami prawnymi oraz wymogami instytucji z którymi Zamawiający pozostaje w interakcji jak również wynagrodzenie za świadczenie usług gwarancyjnych. Wobec braku wskazań w tym zakresie należy uznać, że wykonawcy mając obowiązek wycenić wszelkie koszty związane z należytą realizacją całego zakresu przedmiotu zamówienia, które miały być ujęte w formularzu cenowym mogli samodzielnie zdecydować o tym, do której pozycji formularza cenowego przypisać tzw. koszty dodatkowe związane np. z aktualizacją i modyfikacją systemu, usługami gwarancyjnymi czy rezerwą na inne prace. Oznacza to w konsekwencji, że nie można uznać, iż doszło do tzw. „przerzucenia kosztów” licencji i wdrożenia na usługi serwisowe i w konsekwencji zawyżenia kosztów usług serwisowych do poziomu znacznie odbiegającego od realiów rynkowych. Do nieuprawnionego „przerzucenia kosztów” mogłoby dojść w sytuacji, gdy wykonawca, mimo wskazań Zamawiającego dokonuje zaliczenia kosztów do innych pozycji kosztorysu a działanie takie jest nakierowane na uzyskanie lepszej punktacji w kryteriach oceny ofert.

Wykonawca Konsultant IT podał w złożonych dnia 6.12.2019r. wyjaśnieniach, iż poz. 4 obejmuje nie tylko usługi serwisowe, ale także aktualizację i modyfikację systemu (dostęp do nowych wersji systemu) rezerwę związaną z ryzykiem umownym, w tym gwarancją. Okoliczność ta powoduje, że nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, który dokonując prostego podzielenia wskazanych kosztów usług serwisu przez ilość roboczogodzin, wywodzi, że stawka za 1 godzinę usług serwisowych wynosi ok. 1900zł. Nieuzasadnione jest także twierdzenie Odwołującego, że ujęcie kosztów aktualizacji i modyfikacji systemu w pozycji dotyczącej usług serwisu było świadomym działaniem wykonawcy, nakierowanym na uzyskanie lepszej punktacji w kryteriach oceny ofert. Gdyby przyjąć, że wykonawca Konsultant IT- tak jak to wskazuje Odwołujący - ująłby koszty aktualizacji i modyfikacji systemu zamiast w poz. 4 dotyczącej serwisu - w poz. 1 dotyczącej opłaty licencyjnej, to zauważyć należy, że punktacja jego oferty mogłaby być jeszcze wyższa, gdyż poz. 1 - opłaty licencyjne nie była pozycją punktowaną w kryteriach oceny ofert, a zmniejszenie ceny w poz. 4 - mogłoby jedynie zwiększyć jego punktację w tym kryterium.

Z tych względów, zdaniem Izby nie można doszukać się w działaniu Konsultant IT czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Działanie Konsultant polegające na ujęciu kosztów aktualizacji i modyfikacji w poz. usług dotyczących serwisu, wobec braku jasnych reguł określonych w SIWZ nie można uznać za działanie sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami i naruszające interes Zamawiającego. Jak wskazano wyżej działanie takie nie utrudnia także innym przedsiębiorcom dostępu do rynku i nie jest działaniem nacechowanym na wyeliminowanie konkurencji.

Złożone w dniu 6.12.2019r., na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny, potwierdzają, że zaproponowane ceny w poszczególnych pozycjach formularza cenowego są oparte na realnych, rynkowych stawkach. Z uwagi na objęcie tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa możliwe jest odniesienie się do nich jedynie w ogólności. Koszt zakupu dodatkowych licencji, ujęty w formularzu cenowym został potwierdzony w załączonym do wyjaśnień oświadczeniu producenta. Koszty wdrożenia nowych funkcji obligatoryjnych i fakultatywnych zostały wyliczone w oparciu o ilości roboczogodzin (czasochłonności wdrożenia poszczególnych funkcji), których ilości Zamawiający nie kwestionował oraz stawkę roboczogodziny, która mieści się w podanych przez strony w toku rozprawy granicach. Ponadto wykonawca wskazał, iż w każdej z pozycji formularza cenowego osiągnie zysk. Z tych względów, zdaniem Izby, brak jest podstaw do twierdzenia, że cena oferty Konsultant, w tym w szczególności cena za wdrożenie nowych funkcji obligatoryjnych i fakultatywnych jest zaniżona.

Z tych względów Izba oddaliła zarzuty naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsultant IT z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsultant IT, mimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

### **Odwołanie Konsultant IT KIO 2565/19**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsultant, mimo iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny oraz dokonanie zmiany treści formularza ofertowego, mimo iż nie doszło do popełnienia oczywistej omyłki rachunkowej. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że popełnioną omyłkę w formularzu cenowym Asseco nie można zakwalifikować do kategorii omyłek rachunkowych o oczywistym charakterze.

W oparciu o ugruntowane orzecznictwo należy wskazać, że oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem, wynikających ze sposobu obliczenia ceny oferty w oparciu, o które możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Oczywistą omyłką rachunkową stanowi błąd w obliczeniach popełniony przez wykonawcę, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób, nie budzący żadnych wątpliwości.

W praktyce oczywista omyłka rachunkowa polega na błędnym zsumowaniu, odjęciu, pomnożeniu lub podzieleniu poszczególnych pozycji.

W analizowanym stanie faktycznym w formularzu cenowym wykonawca Asseco w kolumnie „wartość netto w zł” podał kwotę 107 200 zł, zaś w kolumnie „wartość brutto” 304 056zł. Suma obu kolumn została obliczona przy uwzględnieniu wpisanych w formularzu ww. wartości, co dodatkowo utrudnia jednoznaczne ustalenie która z wartości netto czy brutto została podana prawidłowo. Nie wiadomo czy omyłka została popełniona w podaniu wartości netto, brutto czy też samej stawce VAT. W oparciu o treść formularza cenowego Asseco brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że kwota netto jest kwotą prawidłową co w oznacza, że nie można w oparciu o tę kwotę dokonać wyliczenia wartości brutto i w konsekwencji poprawienia całkowitej ceny oferty z wartości 844 510,62 na wartość 672 310,62zł. Przy czym zgodzić należy się z Zamawiającym co do tego, że obliczenia ceny brutto dokonuje się od wartości netto, ale zauważyć trzeba, że w analizowanym stanie faktycznym brak jednoznacznych wskazań do przyjęcia, że kwota netto jest kwotą prawidłową, co uniemożliwia dokonanie takich obliczeń. Z tych względów, zdaniem Izby w formularzu ofertowym Asseco doszło do błędu w obliczeniu ceny.

Wykonawca Asseco w toku postępowania odwoławczego przed Izbą nie wykazał, że do omyłki doszło na skutek nieświadomego działania. Wyjaśnienia Asseco, że błędne podanie danych było skutkiem omyłki pracownika, który przepisywał wyliczenia z formularza Excel nie zostało uwiarygodnione. Zdaniem Izby, mało prawdopodobnym jest, aby pracownik przepisując wyliczenia sporządzone w formularzu Excelu do formularza ofertowego dokonał omyłki nie tylko w poz. 2 „wartość brutto”, ale także w wartości całkowitego zamówienia, oferując ceną niższą o ponad 170tysięcy. Stwierzonego w formularzu ofertowym błędu w obliczeniu ceny nie zmienia także przedstawiona przez wykonawcę oferta podwykonawcy Prospen P. N., który zaproponował cenę zupełnie inną niż wskazana w formularzu cenowym. Poprawienie zaistniałego w ofercie Asseco błędu w obliczeniu ceny w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp było niedozwolone i spowodowało wykreowanie nowej treści oferty w istotnym elemencie, bo dotyczącym ceny oferty.

Zdaniem Izby, Odwołujący w toku rozprawy wykazał, że istnieją uzasadnione podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnienia elementów oferty Asseco, mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zamawiający winien dokonać

analizy ceny oferty w szczególności z uwagi na to, że wykonawca Asseco zaproponował wymianę systemu na nowy a nie jak pierwotnie wymagał Zamawiający dostarczenie jedynie nowych funkcjonalności. Stąd porównanie wartości szacunkowej zamówienia, ustalonej przez Zamawiającego dla pierwotnie określonego przedmiotu zamówienia z ceną oferty Asseco, która dotyczy nowego systemu HIS jest nieadekwatne. Złożone w toku rozprawy przez Asseco wyjaśnienie ceny oferty wraz z ofertami dostawców nie mogą być ocenione przez Izbę, gdyż zostały złożone poza procedurą z art. 90 ust.1 Pzp. Z tych względów Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp polegający na zaniechaniu wezwania wykonawcy Asseco do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Mając jednak na uwadze to, że oferta wykonawcy Asseco podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, uznanie za zasadnym tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co w konsekwencji skutkuje brakiem konieczności dokonania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

W zakresie dokumentu dotyczącego posiadania praw autorskich lub autoryzacji od właściciela majątkowych praw autorskich. W punkcie V.1.2 lit. a) SIWZ Zamawiający postawił warunek, aby wykonawca posiadał „aktualny dokument potwierdzający posiadanie praw autorskich do szpitalnego systemu informatycznego Eskulap lub autoryzację od właściciela majątkowych praw autorskich w zakresie wymaganym niniejszym postępowaniem”.

Istotnie Zamawiający, dokonując modyfikacji siwz w dniu 29 listopada 2019r. polegającej na dopuszczeniu do złożenia ofert obejmujących nowy system z dodatkowymi funkcjonalnościami, nie dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie dotyczącym dokumentu potwierdzającego posiadanie praw autorskich lub autoryzacji właściciela majątkowych praw autorskich w zakresie wymaganym postępowanie. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że sformułowanie „autoryzacja właściciela majątkowych praw autorskich w zakresie wymaganym postępowanie” odnosi się do systemu, z którego będzie korzystał Zamawiający po udzieleniu zamówienia. Zatem w sytuacji, gdy wykonawca dostarcza nowy system to wystarczającym jest złożenie dokumentu autoryzacji producenta nowego systemu. Takiej treści oświadczenie z dnia 10 września 2019r. pochodzący od AMMS i dotyczący praw do systemu informatycznego wykonawca Asseco przedstawił Zamawiającemu, co czyni bezzasadnym zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp polegający na zaniechaniu wezwania do uzupełnienia dokumentu wymaganego w pkt V.1.2 lit a SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia



15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

**Przewodniczący:** .....