

Sygn. akt: KIO 741/18

WYROK
z dnia 9 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **Comarch Healthcare S.A. w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Zdrowia Mazowska Zachodniego sp. z o.o. w Żyrardowie**

przy udziale wykonawcy **Atende Medica sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt I-III odwołania,**
2. **uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego pkt IV odwołania i nakazuje zamawiającemu wykonanie modyfikacji treści załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:**
 - a) **wykreślenie wymagań nr 2 i 3 w tabeli nr 2,**
 - b) **przypisanie punktów przewidzianych za wykreślone wymagania do pozostałych funkcji punktowanych,**
3. **kosztami postępowania obciąża Centrum Zdrowia Mazowska Zachodniego sp. z o.o. w Żyrardowie i:**
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comarch Healthcare S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,**
 - 3.2. **zasądza od Centrum Zdrowia Mazowska Zachodniego sp. z o.o. w Żyrardowie na rzecz wykonawcy Comarch Healthcare S.A. w Krakowie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy),**

stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Zdrowia Mazowska Zachodniego sp. z o.o. w Żyrardowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „rozbudowa zintegrowanego systemu informatycznego wraz z wdrożeniem e-usług i dostawą infrastruktury informatycznej w Centrum Zdrowia Mazowska Zachodniego sp. z o.o.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 kwietnia 2018 r., nr 2018/S 068-152062.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na opisanu warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) czynności zamawiającego polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia,
 - 3) czynności zamawiającego polegającej na opisanu kryteriów oceny ofert
- wykonawca Comarch Healthcare S.A. w Krakowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 17 kwietnia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1a i 1b pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie związanym z migracją danych oraz integracją pomiędzy systemami;
- 3) art. 91 ust. 1, 2, 2c i 2d ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez sformułowanie w ramach kryterium „funkcjonalność” wymagań punktowanych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego oraz prowadzą do nieuprawnionego uprzywilejowania produktu oferowanego przez jednego wykonawcę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu pkt I odwołania odwołujący odniósł się do zarzutu dotyczącego opisanu warunku udziału w postępowaniu. Wskazał, że zamawiający w rozdziale 8 SIWZ, sformułował następujący warunek:

8.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...)

8.2.3. Zdolności technicznej lub zawodowej,

8.2.3.1. Wykonawca musi wykazać się, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: zrealizował, bądź realizuje co najmniej 2 (dwa) zamówienia, w których Wykonawca:

8.2.3.1.1. wdrożył zintegrowany system informatyczny (elementy części białej medycznej), dostawę sprzętu informatycznego wraz z ucyfrowieniem radiologii o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto,

8.2.3.1.2. wykonał dostawę elementów zintegrowanego systemu informatycznego o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto. Podana wartość (2 000 000,00 zł) nie może obejmować wartości sprzętu/infrastruktury informatycznej.

Odwołujący argumentował, że analiza powyższego warunku prowadzi do wniosku, że nie wiadomo czy konstruując warunek zamawiający oczekiwał, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w zakresie realizacji dwóch zamówień, z których każde obejmowało swym zakresem:

- 1) wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego (elementy części białej medycznej), dostawę sprzętu informatycznego wraz z ucyfrowieniem radiologii o wartości zafakturowanej co najmniej 2.000.000,00 zł brutto, oraz jednocześnie
- 2) wykonanie dostawy elementów zintegrowanego systemu informatycznego o wartości zafakturowanej co najmniej 2.000.000,00 zł brutto.

czy też może wykonawca powinien legitymować się doświadczeniem w realizacji:

- 1) usługi obejmującej wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego (elementy części białej medycznej), dostawę sprzętu informatycznego wraz z ucyfrowieniem radiologii o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto, oraz
- 2) usługi obejmującej wykonanie dostawy elementów zintegrowanego systemu informatycznego o wartości zafakturowanej co najmniej 2 000 000,00 zł brutto.

Odwołujący wywiódł, że określenie warunków udziału w postępowaniu należy do kluczowych czynności dokonywanych przez zamawiającego w ramach procedury przetargowej. Stąd ważne jest, aby warunki były sformułowane w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Każdy wykonawca, który zapoznał się z treścią SIWZ powinien, w oparciu o treść ustalonych warunków, być w stanie podjąć decyzję czy je spełnia i może ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł ponadto, że powyższe sformułowanie, w zakresie w jakim dopuszcza usługi nadal realizowane, jest niezgodne z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z

powyższym przepisem, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawca może posłużyć się usługami aktualnie realizowanymi (czyli jeszcze niezakończonymi) wyłącznie w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych. Natomiast wymagane usługi polegające na wdrożeniu systemu informatycznego lub dostawie elementów systemu są świadczeniami jednorazowymi.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany określenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z poniższym brzmieniem:

8.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...]

8.2.3. Zdolności technicznej lub zawodowej,

8.2.3.1. Wykonawca musi wykazać się, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował, następujące zamówienia:

8.2.3.1.1. zamówienie obejmujące wdrożenie zintegrowanego system informatycznego (elementy części białej medycznej), dostawę sprzętu informatycznego w/raz z ucyfrowieniem radiologii, o łącznej zafakturowanej wartości co najmniej 2 000 000,00 zł brutto,

8.2.3.1.2. zamówienie obejmujące wykonanie dostawy elementów zintegrowanego systemu informatycznego o łącznej zafakturowanej wartości co najmniej 2 000 000,00 zł brutto. Podana wartość (2 000 000,00 zł) nie może obejmować wartości sprzętu/infrastruktury informatycznej.

W pkt II odwołania odwołujący podniósł, że w załączniku nr 3 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia (str. 1 pliku OPZ) znajduje się lista definicji, która w pkt 13 definiuje pojęcie „wdrożenia” w następujący sposób:

Wdrożenie - etap cyklu życia systemu informatycznego, polegający na instalacji i dostosowaniu oprogramowania do wymagań Zamawiającego, a także migracji danych oraz testowaniu i uruchomieniu systemu informatycznego. Podstawowe etapy procesu wdrożenia:

- a. Przygotowanie dokumentacji,*
- b. Przygotowanie i skonfigurowanie infrastruktury technicznej,*
- c. Zainstalowanie i skonfigurowanie systemu informatycznego do eksploatacji,*
- d. Testowanie systemu,*
- e. Migracja danych,*
- f. Uruchomienie produkcyjne systemu.*

Analogiczne postanowienie znajduje się również w § 2 w ramach załącznika nr 4 do SIWZ - istotne postanowienia umowy.

Odwołujący argumentował, że w treści OPZ zamawiający wielokrotnie posługuje się pojęciem „wdrożenie”. Z powyższego może wynikać, że zamawiający przedmiotem zamówienia objął również migrację danych. Jednak kwestia ta nie jest jasna, bowiem zamawiający wspomina o migracji danych wyłącznie w ramach definicji wdrożenia. W pozostałej części SIWZ brak jest szczegółowych informacji co do zakresu i sposobu migracji.

Odwołujący wywodził, że migracja danych to przeniesienie danych z jednego systemu informatycznego do innego. Jeżeli zamawiający w rozważanym przypadku wymaga migracji danych przez wykonawcę - co nie jest jasne - powinien wskazać jakie dane i z jakich systemów powinny zostać przeniesione. Zdaniem odwołującego zamawiający nie przedstawił w SIWZ informacji niezbędnych do przeprowadzenia procesu migracji danych, w tym informacji dotyczących posiadanych baz danych oraz systemów informatycznych. Z SIWZ nie wynika, z których konkretnie systemów i w jakim zakresie ma być przeprowadzona migracja danych. Można jedynie się domyślać, że migracja danych ma nastąpić z medycznego oprogramowania aplikacyjnego (EuroSoft), o którym mowa na str. 28 pliku OPZ (załącznik nr 3 do SIWZ). Odwołujący wskazał, że zestaw informacji niezbędnych do wyceny i przeprowadzenia migracji danych powinien obejmować:

- 1) pełną listę baz danych ze wskazaniem ich ilości i rodzajów (proste czy złożone, relacyjne czy obiektowe),
- 2) pełną listę systemów, z których ma nastąpić migracja danych, wraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie migracja,
- 3) strukturę poszczególnych baz danych,
- 4) rozmiar baz danych,
- 5) sposób migracji ze wskazaniem na dane, które mają pierwszeństwo,
- 6) informacje na temat spójności danych,
- 7) zakres danych podlegających migracji (jakie dane, za jakie lata, dane z jakich obszarów),
- 8) zapewnienie udostępnienia wykonawcy na etapie realizacji zamówienia plików w formacie CSV lub XLS, zawierających dane do migracji wraz z dokumentacją umożliwiającą pełną identyfikację zawartości tych plików.

Odwołujący podniósł, że wykonawca bez wymienionych powyżej informacji, nie jest w stanie ocenić pracochłonności, a co za tym idzie nie może wycenić przedmiotu zamówienia, a także nie jest w stanie określić czy będzie mógł zmigrować rzeczzone dane w terminie wskazanym przez zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji SIWZ i nie może być sporządzony w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący wywiódł, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania

dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ polegającej na jednoznacznym przesądzeniu czy w skład przedmiotu zamówienia wchodzi również migracja danych, poprzez:

1) wykreślenie migracji danych z definicji wdrożenia zamieszczonej w OPZ oraz istotnych postanowieniach umowy

albo

2) potwierdzenie, że migracja danych wchodzi w skład przedmiotu zamówienia, oraz wprowadzenie następujących informacji dotyczących migracji danych:

- a) pełnej listy baz danych ze wskazaniem ich ilości i rodzajów (proste czy złożone, relacyjne czy obiektowe)
- b) pełnej listy systemów, z których ma nastąpić migracja danych, wraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie migracja,
- c) struktury poszczególnych baz danych,
- d) rozmiaru baz danych,
- e) sposobu migracji ze wskazaniem na dane, które mają pierwszeństwo,
- f) informacji na temat spójności danych,
- g) zakresu danych podlegających migracji (jakie dane, za jakie lata, dane z jakich obszarów),
- h) zapewnienie udostępnienia wykonawcy na etapie realizacji zamówienia plików w formacie CSV lub XLS, zawierających dane do migracji wraz z dokumentacją umożliwiającą pełną identyfikacją zawartości tych plików.

W pkt III odwołania odwołujący podniósł, że w załączniku nr 3 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, odpowiednio na str. 74 pliku, zamawiający zamieścił następujące postanowienia związane z integracją dostarczanego oprogramowania z systemami aktualnie eksploatowanymi przez zamawiającego:

Integracja z Histopatologię

Zamawiający oczekuje, aby dostarczony ZSI był zintegrowany z systemem Consylio firmy KID. Integracja z wykorzystaniem protokołu HL7.

Integracja z pracownią tomograficzną

Zamawiający oczekuje, aby dostarczony ZSI był zintegrowany z systemem firmy WIZJA 5 w ramach przesyłania i odbierania danych z urządzenia tomograf komputerowy Siemens Somatom 16 Excel.

Integracja z prosektorium

Zamawiający oczekuje, aby dostarczony ZSI był zintegrowany z systemem prosektorium współpracującym z CZMZ. Integracja z wykorzystaniem protokołu HL7 w zakresie przekazywania danych zmarłego pacjenta oraz przygotowania wymaganych dokumentów przekazywanych do prosektorium.

Odwołujący wskazał, że kolejne wymaganie związane z integracją znajduje się na str. 76 OPZ: *Dostarczony system powinien być zintegrowany z systemem ERP minimum na poziomie dokumentów magazynowych (Apteka) oraz dokumentów sprzedaży (NFZ).*

Odwołujący wywiódł, że zamawiający ma prawo oczekiwać że wykonawca zintegruje dostarczone oprogramowanie z aktualnie eksploatowanymi systemami, wymienionymi przez zamawiającego. W tej sytuacji zamawiający jest jednak zobowiązany do przekazania wykonawcy wszystkich informacji związanych z planowaną integracją, które są niezbędne do oszacowania kosztów integracji oraz przeprowadzenia procesu integracji na etapie realizacji projektu. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ograniczył się jedynie do wskazania nazw systemów do obsługi pracowni histopatologii i pracowni tomograficznej. Natomiast z treści OPZ nie wynika jaki system został wdrożony w prosektorium, jak również nie wynika jakim systemem klasy ERP dysponuje zamawiający. Zamawiający nie udostępnił również pozostałych informacji niezbędnych do integracji posiadanych systemów z nowym oprogramowaniem, które dostarczone zostanie w ramach przedmiotowego zamówienia. O tym, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty niech świadczy fakt, iż w SIWZ brak jest informacji dotyczących: szczegółowych danych technicznych niezbędnych do przeprowadzenia integracji wraz z dokumentacją dotyczącą sposobu komunikacji tych systemów (zdolność komunikacji, sposób komunikacji, opis transakcji, konstrukcja pliku komunikatu transakcji, pełna dokumentacja techniczna umożliwiająca integrację, opisane widoki baz danych, procedury składowe i inne informacje, które są konieczne do przeprowadzenia integracji) oraz opisu interfejsów wymiany danych wraz z dokumentacją, opisem struktury danych tego systemu zakresu danych do wymiany, parametrów dotyczących interfejsów wymiany danych, rodzaju usług i mechanizmów wymiany danych po stronie systemów eksploatowanych przez zamawiającego. Wskazanie standardu elektronicznej wymiany informacji HL7 w odniesieniu do systemów dla histopatologii i prosektorium jest działaniem daleko niewystarczającym.

Zdaniem odwołującego wszystko to wpływa na brak możliwości oszacowania kosztów integracji dostarczanego oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia, z systemami już wdrożonym u zamawiającego. Stwierdził, iż zamawiający, przy takim kształcie zapisów SIWZ, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym jedynie pozornie. Wykonawca nie mając wiedzy technicznej na temat systemów wdrożonych u zamawiającego, z którymi należy dokonać integracji, po prostu nie będzie w stanie tego

uczynić. Wykonawca taki również nie będzie w stanie rzetelnie oszacować zakresu i kosztu niezbędnych czynności, a co za tym idzie nie będzie w stanie wziąć udziału w postępowaniu przetargowym. Odwołujący zwracał uwagę, że w procedurze konkurencyjnej zamawiający ma obowiązek zapewnić wszystkim wykonawcom jednakowe warunki ubiegania się o zamówienie. W związku z tym jedynym źródłem danych na temat przedmiotu zamówienia powinna być Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dostępna dla wszystkich wykonawców. Zdaniem odwołującego zamawiający powinien udostępnić, jako element OPZ, specyfikację techniczną posiadanych systemów wraz ze szczegółowym opisem interfejsów wymiany danych.

Odwołujący ponadto sygnalizował, że istnieje również ryzyko, że w okresie gwarancji i serwisu dostarczonego oprogramowania, producenci systemów eksploatowanych przez zamawiającego dokonają zmiany wersji tych systemów lub interfejsu wymiany danych i w takiej sytuacji, nawet w przypadku spełnienia warunków integracji w momencie odbioru dostarczonego oprogramowania, może dojść do sytuacji, w której wykonawca któremu udzielono zamówienia będzie ponosił koszty kolejnych integracji, które mogą być spowodowane przez producentów wykorzystywanych obecnie systemów. Prowadzi to do sytuacji, że wycena przedmiotu zamówienia nie jest możliwa do wykonania, ponieważ wykonawca jest uzależniony od nieznanymi wycen, jakie mogą się pojawić w przyszłości, w okresie gwarancji i serwisu oprogramowania. Zdaniem odwołującego SIWZ wraz z opisem przedmiotu zamówienia powinien być czytelny i zawierać wszystkie niezbędne informacje potrzebne wykonawcom ubiegającym się o realizację zamówienia do przygotowania rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia.

Ponadto odwołujący wskazał na sposób sformułowania wymagania związanego z integracją z systemem ERP. Zamawiający wskazał, że „*dostarczony system powinien być zintegrowany z systemem ERP minimum na poziomie dokumentów magazynowych (Apteka) oraz dokumentów sprzedaży (NFZ)*”. Użycie zwrotu „minimum” powoduje, że zakres oczekiwanej integracji jest niedookreślony i może zostać dowolnie rozszerzony przez zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ przez:

- 1) wprowadzenie do SIWZ kompletnej informacji na temat zakresu integracji, dokumentacji interfejsów, mechanizmów i opisu protokołów wymiany danych systemów, które wymagają integracji, w tym podanie szczegółowych danych technicznych niezbędnych do przeprowadzenia integracji wraz z dokumentacją dotyczącą sposobu komunikacji tych systemów (zdolność komunikacji, sposób komunikacji, opis transakcji, konstrukcja pliku komunikatu transakcji, pełna dokumentacja techniczna umożliwiająca integrację, opisane widoki baz danych, procedury składowe i inne informacje, które są konieczne do

przeprowadzenia integracji) oraz opisu interfejsów wymiany danych wraz z dokumentacją, opisem struktury danych tego systemu zakresu danych do wymiany, parametrów dotyczących interfejsów wymiany danych, rodzaju usług i mechanizmów wymiany danych po stronie systemów funkcjonujących u zamawiającego;

2) wprowadzenie w OPZ i wzorze umowy zobowiązania zamawiającego, że w przypadku gdy podczas wdrożenia lub podczas eksploatacji wdrożonego systemu medycznego, w tym na etapie gwarancji, producenci systemów z którymi zostało zintegrowane dostarczone oprogramowanie, zmienią systemy tak że będzie to miało wpływ na integrację z dostarczonym oprogramowaniem - zamawiający we własnym zakresie i na własny koszt pozyska wszelkie niezbędne do przeprowadzenia ponownej integracji informacje i dane od producentów obecnie eksploatowanych systemów, z którymi miała by nastąpić ponowna integracja lub poprawa mechanizmów integracyjnych oraz że wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności ani kosztów za brak integracji wynikający z działań lub zaniechań zamawiającego i producentów eksploatowanych systemów.

W uzasadnieniu zarzutu IV odwołania odwołujący przytoczył postanowienia pkt 2 i 3 tabeli nr 2 załącznika nr 5 do SIWZ zawierające warunki dotyczące formy próbki oferowanego oprogramowania w ramach funkcji punktowanych. Wywiódł, że dla każdego z powyższych wymagań zamawiający przypisał po 15 punktów, czyli w sumie 30 punktów za wymagania nr 2 i nr 3 w tabeli nr 2.

Odwołujący argumentował, że wymienione w powyższej tabeli wymagania wskazują, że preferowany jest system informatyczny, który funkcjonuje zarówno w technologii dwuwarstwowej (desktopowej) jak i technologii trójwarstwowej (przeglądarkowej, webowej). Wskazywał, że architektura dwuwarstwowa charakteryzuje się tym, że program (klient) komunikuje się z warstwą nadrzędną (serwerem) w celu uzyskania odpowiedzi np. zapytanie do bazy danych, W takim podejściu warstwy prezentacji i logiki biznesowej, znajdują się na stacji klienckiej (komputer użytkownika) natomiast warstwa dostępu do danych jest wydzielona na serwerze. Systemy w tej architekturze to tzw. aplikacje desktopowe wymagające instalacji i konfiguracji systemu na każdym stanowisku roboczym. Architektura dwuwarstwowa jest skalowalna w ograniczonym zakresie (nie więcej niż 100 użytkowników). Aplikacje dwuwarstwowe są technologiami przestarzałymi, z lat 90 XX w., wypieranymi przez nowoczesne rozwiązania trójwarstwowe.

Odwołujący podnosił, że rozwiązanie trójwarstwowe pozwala rozdzielić warstwę prezentacji od logiki biznesowej, dzięki czemu użytkownik (przy użyciu przeglądarki internetowej) ma do czynienia tylko z warstwą prezentacji (widzi aplikację w oknie przeglądarki) podczas kiedy logika biznesowa przeniesiona jest na osobną maszynę. Daje to ogromną przewagę nad architekturą dwuwarstwową, ponieważ do funkcjonowania aplikacji

wystarczające jest użycie odpowiedniego adresu w przeglądarce i zalogowanie się bez dodatkowych instalacji i konfiguracji. Administrator opiekuje się wówczas tylko jedną maszyną, która pełni rolę warstwy logiki biznesowej. Rozwiązanie trójwarstwowe jest zdecydowanie lepiej skalowalne - umożliwia obsługę wielu użytkowników, wydajne, elastyczne i umożliwia łatwiejsze zarządzanie z punktu widzenia administratora systemu (w tym wypadku szpitala). Architektura trzywarstwowa jest odpowiedzią na wzrost złożoności programów oraz rozwój sieci komputerowych i znacząco przewyższa swojego poprzednika - architekturę dwuwarstwową.

Odwołujący wskazywał, że praca systemu w architekturze dwuwarstwowej (desktop) i jednocześnie trójwarstwowej (web) nie jest wartością dodaną dla zamawiającego, a wręcz przeciwnie - jest nieuzasadnioną komplikacją środowiska. Od strony administracyjnej zwielokrotnienie środowisk niesie za sobą zwiększenie nakładu pracy i kosztu ich utrzymania. W ocenie odwołującego wymaganie dwu i trójwarstwowej architektury ma na celu ograniczenie konkurencyjności, poprzez faworyzowanie wykonawcy bazującego na przestarzałej technologii i uniemożliwienie konkurowania w postępowaniu wykonawcom, którzy działają w oparciu o nowoczesne rozwiązania architektury trójwarstwowej. Powyższe, punktowane wymagania, nie mają wpływu na przydatność, funkcjonalność oraz jakość oprogramowania dla użytkowników, nie obejmują również obszarów „krytycznych” z punktu widzenia działalności szpitala, np. rozliczeń z NFZ. Mają one jedynie stawiać w uprzywilejowanej pozycji produkt firmy Medhub oraz partnera dystrybuującego to rozwiązanie - firmę Konsultant IT sp. z o.o. lub Konsultant Komputer sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji w załączniku nr 5 do SIWZ przez:

- 1) wykreślenie wymagań nr 2 i nr 3 w tabeli nr 2, oraz
- 2) przypisanie 30 punktów przewidzianych łącznie za wykreślone wymagania do pozostałych funkcji punktowanych.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty opisane w pkt I – III odwołania. Wniósł o oddalenie zarzutu opisanego w pkt IV odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Atende Medica sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę Atende Medica sp. z o.o. w Warszawie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, opisu warunków udziału w postępowaniu, opisu kryteriów oceny ofert sporządzenie opisów w taki sposób, który jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, uniemożliwia skalkulowanie ceny ofertowej, utrudnia uczciwą konkurencję bądź może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt I-III odwołania. Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, zaś po stronie zamawiającego nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca. Zgodnie z art. 186 ust. 4 a ustawy Pzp, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.*

Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu.

W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał 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 podzielono identyczne stanowisko przedstawione przykładowo w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, 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.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że merytorycznemu rozpoznaniu podlegał jedynie zarzut opisany w pkt IV odwołania.

Odwołanie, w zakresie zarzutu opisanego w pkt IV odwołania, zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, że zamawiający w pkt 17.1 SIWZ określił kryteria, jakimi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując, że kryteriami tymi będzie *cena (C): 50 pkt i funkcjonalność (F): 50 pkt*. W pkt 17.4 SIWZ zamawiający wskazał, że w kryterium funkcjonalność (F) *będzie oceniał funkcjonalności zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ. Za zaoferowanie rozwiązania spełniającego w pełni powyższe wymaganie, oferta otrzyma max. 50 pkt*.

Z kolei w zmodyfikowanym załączniku nr 5 do SIWZ, w tabeli nr 2, zamawiający określił funkcjonalności, za których spełnienie zamierzał przyznawać punkty. Wymienił osiem podkryteriów, z których dwa były kwestionowane przez odwołującego.

Pierwsze z nich, wymienione w pkt 2 tabeli nr 2, zostało sformułowane następująco: *Oferowany system HIS musi umożliwiać pracę w modelu dwuwarstwowym (desktopowym) i trójwarstwowym (webowym) w rozumieniu określonym w wierszach poniżej, zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego. System umożliwiał pracę w obu wymienionych wersjach jednocześnie. System, dla modelu trójwarstwowego, działa z poziomu najbardziej popularnych przeglądarek internetowych (np. Mozilla Firefox, Internet Explorer), będących klientem końcowym aplikacji, bez konieczności korzystania z dodatkowych klientów terminalowych np. RDP. Obie wersje muszą posiadać te same funkcjonalności z dokładnością do pojedynczych argumentów, a zakres używanych skrótów klawiszowych musi być spójny między wersjami architektury systemu. Za posiadanie tak opisanej funkcjonalności zamawiający zamierzał przyznawać 9 pkt*.

Drugie z kwestionowanych podkryteriów, wymienione w pkt 3 tabeli nr 2, brzmiało zaś następująco: *Zmiana wartości parametrów konfiguracyjnych widziana jest na bieżąco przez obie wersje systemu, wersję dwuwarstwową i trójwarstwową.* Za posiadanie tak opisanej funkcjonalności zamawiający również zamierzał przyznawać 9 pkt.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp *kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia (...).* Stosownie zaś do art. 7 ust. 1 Pzp, *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.* Jak wynika z art. 67 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE *kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru.*

Na temat pozacenowych, jakościowych kryteriów oceny ofert wypowiadał się wielokrotnie także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku z dnia 17 września 2002 r. (C-513/99, Concordia Bas) stwierdził, że wybór kryteriów oceny ofert podlega pewnym ograniczeniom. Wskazał, że *celem stosowania kryterium oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej, zatem wszystkie kryteria muszą być nakierowane na identyfikację tej oferty, która jest najlepsza. Po drugie, wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający musi opierać swoją decyzję na obiektywnych przesłankach.* Z kolei w wyroku z dnia 27 października 2005 r. (C-234/03) Trybunał wskazał, że *kryteria jakościowe nie mogą być stosowane w sposób dyskryminujący, muszą być uzasadnione względami interesu publicznego, muszą być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą i nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia.*

W ocenie Izby narusza ww. reguły sformułowanie takiego kryterium oceny ofert co do którego nie można stwierdzić, iż prowadzi ono do wyboru oferty korzystniejszej z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Byłoby przyznaniem zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty najkorzystniejszej ustalenie takiego kryterium oceny ofert, co do którego nie wykazano, iż ma ono jakiegokolwiek przełożenie na lepsze spełnienie takich potrzeb zamawiającego.

W analizowanej sprawie ciężar wykazania tych uzasadnionych potrzeb spoczywał na zamawiającym. To bowiem zamawiający, choć jednoznacznie przyznawał, że zamierza premiować rozwiązanie mniej nowoczesne i przestarzałe, to jednak utrzymywał, że znajduje to uzasadnienie w jego specyficznej sytuacji i potrzebach. Zdaniem Izby zamawiający nie

zdołał wykazać, że sporne kryterium będzie służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej w tym konkretnym postępowaniu.

Po pierwsze, zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że choć dwuwarstwowa architektura systemu jest rozwiązaniem starszym i mniej nowoczesnym niż model trójwarstwowy, to ma to duże znaczenie dla niego. Wywiódł, że znaczna część urządzeń, na których ma działać system będący przedmiotem zamówienia, to urządzenia starsze, które nie będą podlegały szybkiej wymianie w najbliższym czasie z uwagi na konieczność inwestowania środków zamawiającego na innych polach.

Strona przeciwna tj. odwołujący i przystępujący zaprzeczyła twierdzeniu zamawiającego, że systemy oparte o architekturę trójwarstwową wymagają współpracy z nowszym sprzętem. Odwołujący i przystępujący argumentowali, że to do korzystania z systemów działających na architekturze dwuwarstwowej może być konieczny lepszy sprzęt, choćby po to, aby zainstalować aplikację na stacji roboczej. Powyższa instalacja nie będzie natomiast konieczna aby korzystać z systemu w architekturze trójwarstwowej.

Stanowisko zamawiającego pozostało gołosłowne. Natomiast odwołujący i przystępujący na poparcie swych twierdzeń powołali się na ekspertyzę prywatną sporządzoną przez biegłego sądowego z dziedziny informatyki M. G.

W ocenie Izby – wbrew stanowisku zamawiającego - nie można postawić generalnej tezy, że na starszym sprzęcie łatwiej będzie korzystać z systemu zbudowanego w architekturze dwuwarstwowej. Dostrzeżenia wymaga, że w systemach opartych na architekturze trójwarstwowej dostęp do systemu wymagać będzie jedynie uruchomienia przeglądarki. Z tego punktu widzenia istotne mogą się okazać ograniczenia przepustowości sieci, zaś na takie utrudnienia zamawiający się nie powoływał. Tymczasem w systemach dwuwarstwowych może być konieczne użycie bardziej wydajnego sprzętu z związku z koniecznością instalacji aplikacji również na stacjach roboczych użytkowników. Jeśli zatem urządzenia posiadane przez zamawiającego umożliwiają korzystanie z systemu w architekturze dwuwarstwowej, to praca z systemem w architekturze trójwarstwowej także będzie możliwa.

Wzięto również pod uwagę, że twierdzenia zamawiającego o posiadaniu starszego sprzętu pozostały nad wyraz ogólne, lakoniczne i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Zamawiający nie wyjaśnił co rozumie przez pojęcie starszy sprzęt. Nie wskazał, jaka część posiadanych urządzeń jest przestarzała, jakiego rodzaju sprzętu ten problem dotyczy. Wreszcie, na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił żadnych dowodów. Wobec powyższego argument zamawiającego nie poddawał się żadnej weryfikacji.

Dostrzeżenia wymagało ponadto, że zamawiający nie wykluczył możliwości zaoferowania systemu pracującego tylko w architekturze trójwarstwowej. Gdyby przyjąć

argument zamawiającego, oznaczałoby to, że kupuje produkt, który nie będzie działał w jego środowisku sprzętowym. Zatem omawiany argument nie mógł zostać uwzględniony.

W dalszej kolejności zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że chce premiiować starsze rozwiązanie dwuwarstwowe, gdyż „część programów, które będą podlegać integracji z nowym systemem to rozwiązania starsze, współpracujące lepiej z modelem dwuwarstwowym”.

Strona przeciwna zaprzeczyła twierdzeniu zamawiającego. Na poparcie swego stanowiska powołała się na złożoną ekspertyzę prywatną biegłego sądowego z dziedziny informatyki M G. W ekspertyzie tej biegły oświadczył, że argument zamawiającego jest nieracjonalny. Wywiódł bowiem, że jeżeli dana aplikacja została napisana w jakimś modelu architektury, to nic się nie zmieni dopóki system operacyjny ten program akceptuje. Biegły wyjaśnił także, że wybór modelu architektury systemu nie wpływa na jego możliwości integracyjne. Stanowisko to należało uznać za przekonujące i spójne. Dostrzeżenia wymagało ponadto, że zakres integracji wynikał ze str. 74 – 75 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SIWZ). W znajdujących się tam postanowieniach zamawiający przesądził, że integracja systemu z „Histopatologią” oraz z „Prosektorium” nastąpi nastąpi przy wykorzystaniu interfejsu HL 7, co do którego zamawiający nie zaprzeczył, że jest standardem w medycynie. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że interfejs jest niezależny od architektury systemu.

Przy wyrokowaniu wzięto ponadto pod uwagę, że również w tym zakresie stanowisko zamawiającego okazało się ogólne i lakoniczne. Nie wiadomo, o jakim oprogramowaniu wypowiada się zamawiający, jakiej części posiadanego oprogramowania rzekomy problem miałby dotyczyć. Wreszcie nie wiadomo, na czym konkretnie problemy integracyjne miałyby polegać. Podkreślenia wymagało również, że na wskazywane przez siebie okoliczności zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, wobec czego uznano, że jego twierdzenia nie poddawały się weryfikacji.

Kolejnym argumentem, na jaki powołał się zamawiający było to, że aplikacje desktopowe miały mieć z reguły łatwiejszy, szybszy i bardziej intuicyjny interfejs, co miało być korzyścią na użytkowników w starszym przedziale wiekowym.

Odwołujący i przystępujący zaprzeczyli istnieniu takiej zależności. Odwołujący złożył na tę okoliczność ekspertyzę prywatną biegłego M G. W ekspertyzie tej biegły wskazał, że teka korelacja nie istnieje. Wyjaśnił, że obecnie nad interfejsami nie pracują poszczególne osoby, ale sztaby specjalistów, co prowadzi do tego, że współczesne interfejsy są łatwiejsze, bardziej intuicyjne i przyjazne niż poprzednie.

Izba wzięła również pod uwagę, że nawet w opinii samego zamawiającego taka zależność nie zawsze występuje. Wskazywały na to użyte przez zamawiającego słowa „z reguły”. Dostrzec także należało, że zamawiający na poparcie swych twierdzeń nie przywołał żadnych dowodów. Nie wskazał ani jednego przykładu, gdy interfejs w aplikacji trójwarstwowej miał okazać się bardziej skomplikowany niż analogiczny interfejs w aplikacji dwuwarstwowej. Powołując się zaś na możliwości użytkowników w „starszym przedziale wiekowym” nie sprecyzował co rozumie pod tym pojęciem, nie wskazał, jakiej liczby użytkowników u zamawiającego taki problem miałyby rzekomo dotyczyć. Ponadto, zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że stopień skomplikowania interfejsu nie zależy od architektury systemu. Można stworzyć złożone, nieprzyjazne interfejsy w systemach z architekturą dwuwarstwową i proste, intuicyjne w systemach z architekturą trójwarstwową i odwrotnie.

Ponadto, dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w tym postępowaniu dopuszczał zaoferowanie systemu pracującego równoległe w obu architekturach. Skoro tak, to można było przypuszczać, że interfejsy takiego systemu będą bardzo podobne. Wreszcie, podkreślić należało, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym na str. 77 -78 OPZ (zał. nr 3 do SIWZ) przedmiotem zamówienia miało być także przeszkolenie personelu w zakresie obsługi systemu. Z pewnością zatem w trakcie tego szkolenia zostanie przekazana również wiedza w zakresie obsługi interfejsu systemu. Wobec powyższego argument zamawiającego nie został uznany za dostatecznie uzasadniony.

Kolejnym argumentem, na jaki powołał się zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, była kwestia bezpieczeństwa. Zamawiający wywiódł, że systemy trójwarstwowe są bardziej podatne na ataki typu malware, javascript injection czy SQL injection.

Odwołujący i przystępujący zaprzeczyli, jakoby systemy w architekturze dwuwarstwowej miały być bardziej bezpieczne od systemów w architekturze trójwarstwowej. Na tę okoliczność przedstawiono ekspertyzę prywatną biegłego M G. W ekspertyzie tej biegły szczegółowo przeanalizował jeden z największych przykładów wycieku danych wrażliwych z 90 placówek medycznych, w których zainstalowany był system Eskulap zbudowany w architekturze dwuwarstwowej. W swej ekspertyzie biegły wskazał także, że *„nie ma się co łudzić, iż model dwuwarstwowej architektury klient – serwer jest mniej podatny na malware, bo nie jest, gdyż nie jest to odizolowany komputer (desktop) służący do przetwarzania informacji tajnych, a jest to zwykły komputer połączony z innym, na którym jest baza danych, ma on też porty USB czy napęd optyczny. Komputer ten wymienia dane ze środowiskiem informatycznym, jest obsługiwany przez zwykłego pracownika szpitala, który nie jest informatykiem, a dodatkowo ma do niego dostęp wiele osób, co zwiększa niebezpieczeństwo nieuprawnionego wprowadzenia danych lub niewłaściwego użycia”*.

Biegły wskazał też na brak kontroli nad użytkownikami, jako znaczący czynnik obniżający bezpieczeństwo aplikacji dwuwarstwowych względem aplikacji trójwarstwowych.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzono, że aplikacje desktopowe, takie, jakie zamawia zamawiający, a więc nieodizolowane od sieci, mogą również być podatne na ataki typu wirusy, które mogą dotknąć warstwy przetwarzania danych obecnej w części dotyczącej klienta. Zabezpieczenie takich aplikacji bardziej zależy od zabezpieczeń samego komputera. Tymczasem serwery w warstwie web są lepiej zabezpieczone zbackup'owane, czasami zwirtualizowane. Wreszcie, zaletą systemu z architekturą trójwarstwową jest to, że pozwala szybciej usuwać skutki niebezpiecznych zdarzeń, szybciej instalować poprawki i łatki, gdyż działania takie nie muszą następować na poziomie poszczególnych stacji roboczych.

Wzięto także pod uwagę, że rolą wykonawcy jest odpowiednie zabezpieczenie systemu pracującego w dowolnej warstwie, a zaś rolą zamawiającego – wdrożenie odpowiednich praktyk bezpieczeństwa po stronie użytkowników systemu. Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z OPZ, zamawiany system będzie działał w sieci lokalnej LAN wydzielonej i zabezpieczonej. Ponadto sam zamawiający zamawia w tym postępowaniu odpowiednie firewalle (zapory).

Reasumując Izba stwierdziła, że nie udowodniono generalnej tezy o większym bezpieczeństwie systemów pracujących w architekturze dwuwarstwowej od systemów działających w architekturze trójwarstwowej. Przedstawione dowody prowadzą do wniosku, że każdy z tych systemów jest podatny na ataki, przy czym w przypadku systemów trójwarstwowych i dwuwarstwowych można co najwyżej mówić o większej lub mniejszej ekspozycji na określone rodzaje ataków. Wobec powyższego argument zamawiającego uznano za nieudowodniony.

W dalszej kolejności zamawiający przedstawił argument dotyczący krytyczności systemu. Wskazywał bowiem, że jeżeli usługa www w systemie trójwarstwowym ulegnie awarii, to w dalszym ciągu będzie możliwe korzystanie przynajmniej z niektórych funkcji systemu w architekturze dwuwarstwowej. Nie negując tej zalety należało podnieść, że w obecnych zaawansowanych systemach trójwarstwowych i przy obecnej wiedzy technicznej istnieje możliwość replikacji czy szybkiego przeniesienia serwera www na inne środowisko sprzętowe, co znacząco skraca przerwy w dostępie do usług. Wzięto pod uwagę, że zamawiający odnosząc się do aspektu krytyczności pominął kwestię możliwości awarii w obszarze stacji na których zainstalowana jest aplikacja desktopowa, co jest prawdopodobne zakładając, że zamawiający posiada rzeczywiście sprzęt starszej generacji. Wreszcie awarie systemów dwuwarstwowych mogą być wynikiem ingerencji użytkownika aplikacji desktopowych w pliki wykonywalne czy konfiguracyjne, do których nie ma dostępu w systemach z architekturą trójwarstwową. Można mówić także o pewnych zaletach systemu

trójwarstwowego w obszarze krytyczności. Taka architektura pozwala szybciej usuwać skutki niebezpiecznych zdarzeń, sprawniej instalować poprawki i łaty, gdyż działania takie nie muszą następować na poziomie poszczególnych stacji roboczych. Dostrzeżenia wymagało, że na str. 24-25 OPZ (załącznik nr 3 do SIWZ) opisano wymóg backup'u danych do chmury. Wymóg ten odnosił się do infrastruktury serwerowej i oprogramowania backup'owego. Przykładowo zamawiający wymagał, aby backupowanie obejmowało nie tylko same dane ale całe środowisko pracy, co w przypadku awarii środowiska podstawowego miało pozwolić na przełączenie pracy całej placówki na zewnętrzne środowisko pracy dostępne w chmurze obliczeniowej. Wobec powyższego stwierdzono, że generalna teza zamawiającego o większej krytyczności systemów dwuwarstwowych nie została udowodniona.

Bezzasadne było odwoływanie się przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie do wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2643/14. Postępowanie odwoławcze przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strony i uczestnicy postępowania obowiązani są do wskazywania dowodów, z których wywodzą skutki prawne. Jak wynikało z uzasadnienia ww. wyroku, oddalenie odwołania w tamtej sprawie było wynikiem bierności dowodowej ówczesnego odwołującego. W uzasadnieniu przywołanego orzeczenia Izba wyraźnie stwierdziła, że twierdzenie ówczesnego odwołującego, że wymagania zamawiającego są bezzasadne jako pozbawione uzasadnienia faktycznego w ogóle nie poddawało się ocenie.

Stwierdzić należało, że nie można mówić o analogicznej sytuacji w analizowanej sprawie. Argumentacja zamawiającego, w której wskazywał on powody zastosowania spornego kryterium spotkała się z merytoryczną i szczegółową argumentacją przeciwną, która została poparta dostatecznym materiałem dowodowym w postaci choćby złożonej ekspertyzy prywatnej. Tymczasem – jak wskazano wcześniej - argumentacja zamawiającego w niniejszej sprawie pozostała ogólna, hasłowa i nie poparta żadnym dowodem.

Analogicznie, bezzasadne było także powoływanie się na wyrok wydany przez Izbę 6 października 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2054/15. Oddalenie odwołania w tamtej sprawie również było podyktowane biernością strony odwołującej. Jak wynikało z uzasadnienia ww. wyroku, *funkcjonalność systemu w kontekście potrzeb Zamawiającego nie została dowodowo podważona przez Odwołującego*. Jak wskazano wcześniej, z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w analizowanej sprawie, w której to zamawiający w odniesieniu do zasadności spornego kryterium pozostawał bierny dowodowo, a nie odwołujący.

Za pozbawioną większej doniosłości prawnej uznano kwestię, czy sporne kryterium oceny ofert ogranicza możliwości ofertowania odwołującemu i przystępującemu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że odwołujący i przystępujący mogą zaoferować zamawiającemu w tym postępowaniu system spełniający wymogi z pkt 2 i 3 tabeli nr 2 załącznika nr 5 do SIWZ, to jest system pracujący równolegle w architekturze trójwarstwowej i dwuwarstwowej.

W tym zakresie zamawiający powołał się na oferty tych wykonawców złożone w postępowaniu prowadzonym przez samego zamawiającego w ubiegłym roku pod numerem CZMZ.2500/17/2017. Ze złożonych dowodów wynikało, że rzeczywiście w tamtym postępowaniu obaj wykonawcy zadeklarowali zamawiającemu dostawę systemu o ww. cechach.

Przystępujący wywiódł jednak, że jego oferta – pomimo ww. deklaracji - została ostatecznie odrzucona z powodu niespełnienia ww. wymogu. Natomiast odwołujący przyznał, że w omawianym postępowaniu był w stanie zaoferować system działający równolegle w obu architekturach, ale obecnie już nie jest w stanie tego spełnić, z uwagi na porzucenie obsługi niektórych funkcjonalności w systemie działającym równolegle w obu architekturach.

W zaistniałej sytuacji można powiedzieć, że opisywane kryterium co najmniej utrudniało możliwość konkurencyjności w postępowaniu przystępującemu, gdyż spełnienie przez niego premiowanego wymogu było w historycznym postępowaniu skutecznie poddawane w wątpliwość. Natomiast Izba stwierdziła, że kryterium nie ograniczało możliwości ofertowania odwołującemu. Niezasadne, a przy tym gołosłowne okazało się powoływanie się odwołującego na swoją decyzję biznesową nieoferowania funkcjonalności, które oferował jeszcze w ub. roku. Tym niemniej jednak, w ocenie Izby, dla ustalenia, że kryterium oceny ofert było nieprawidłowe wystarczającym było ustalenie, że nie prowadzi ono do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, gdyż żaden z powodów jego zastosowania nie okazał się przekonujący ani udowodniony.

Określenie w SIWZ kryterium oceny ofert, które nie jest nakierowane na identyfikację tej oferty, która jest najlepsza narusza reguły wynikające z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp i 7 ust. 1 Pzp, a także wskazówki płynące z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Oznacza także, że wbrew wymogom zawartym w art. 67 ust. 4 dyrektywy zamawiający przyznał sobie nieograniczoną swobodę wyboru oferty, co jest niedopuszczalne.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio

umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (2 sentencji) i formalnym (pkt 1 i 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenie art. 91 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp polegające na ustaleniu wadliwego kryterium oceny ofert, z pewnością może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W wyniku zastosowania nieprawidłowego kryterium może zostać wybrana jako najkorzystniejsza oferta, którą taką ofertą nie będzie.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wykonanie modyfikacji treści załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w sentencji. Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie Izba w zakresie rozpatrywanym merytorycznie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości zamawiający. Zatem to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zatem łącznie 18.600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b, § 5 ust. 4 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: