

WYROK
z dnia 4 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

| | |
|------------------------|------------------------------|
| Przewodniczący: | Monika Kawa-Ogorzałek |
| Protokolant: | Konrad Wyrzykowski |

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04.01.2021 r. przez wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny Chorób Płuc "Odrodzenie" im. Klary Jelskiej w Zakopanem, ul. Gładkie 1, 34-500 Zakopane**

przy udziale wykonawcy **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 622 zł 44 gr (słownie: sześćset dwadzieścia dwa złote czterdzieści cztery grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Zamawiający - Szpital Specjalistyczny Chorób Płuc "Odrodzenie" im. Klary Jelskiej w Zakopanem, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm. dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup oprogramowania typu HIS”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S207 504198-2020 w dniu 23 października 2020 r.

W dniu 4 stycznia 2021 r. Odwołujący - CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez COMARCH Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „COMARCH” lub „Przystępujący”), pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, co dotyczy systemu relacyjnej bazy danych ORACLE, który zaoferowano według licencji ASFU (Application Specific Full Use) tj. licencji umożliwiającej współpracę z jednym konkretnym produktem, podczas gdy zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego dostarczany system relacyjnej bazy danych miał nie być wykorzystywany wyłącznie przez system HIS dostarczany w przedmiotowym prowadzonym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie, aby Zamawiający:

- 1) unieważnił czynność oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucił ofertę COMARCH;
- 3) powtórzył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zgodnie z treścią sekcji 3 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia - str. 5) przedmiotem zamówienia, którego dotyczy odwołanie, jest "usługa informatyczna obejmująca dostawę, instalację i uruchomienie nowego oprogramowania typu HIS oraz oprogramowania bazodanowego (silnika) niezbędnego do jego działania (...)". Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Załączniku nr 1 do SIWZ, który zawierał tabelaryczne zestawienie wymaganych parametrów systemu HIS (część A, tabele I - XXI) oraz oprogramowania bazodanowego (część B). We wskazanym wyżej załączniku Zamawiający opisał również wymagania związane z integracją dostarczanego systemu HIS z systemami posiadanymi przez Zamawiającego oraz z migracją danych z aktualnie wykorzystywanego przez Zamawiającego systemu OPTIMED, którego producentem jest COMARCH. W dniu 17 listopada 2020 r. Zamawiający opublikował odpowiedź na pytanie nr 188:

„Prosimy o potwierdzenie, że dostarczany silnik bazy danych wykorzystywany będzie wyłącznie na potrzeby dostarczanego systemu HIS”

Odpowiedź:

Zamawiający nie potwierdza.

Zdaniem Odwołującego, uwzględniając powyższe wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego bezspornym pozostaje, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał dostarczenia oprogramowania bazodanowego, które mogłoby być wykorzystywane także na potrzeby innego systemu, niż ten, który był przedmiotem zamówienia. W związku z tym licencja na korzystanie z oprogramowania bazodanowego nie mogła zawierać ograniczeń, co do rodzaju systemów Zamawiającego, które mogłyby współpracować z tymże oprogramowaniem. Odwołujący podkreślił także, że udzielona odpowiedź była jednoznaczna, a Zamawiający nie określił nazw, typów, czy producentów systemów, które miałyby (oprócz systemu HIS dostarczanego w postępowaniu) współpracować z oprogramowaniem bazodanowym. Wywieść stąd należało, zdaniem Odwołującego, iż jakiegokolwiek ograniczenia w sposobie wykorzystania silnika bazodanowego byłby niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, który niewątpliwie dążył do zapewnienia sobie swobody co do możliwości wykorzystania systemu bazodanowego w przyszłości.

Odwołujący wskazał, że COMARCH w formularzu ofertowym wskazał, iż dostarcza silnik bazodanowy ORACLE Database Standard Edition 2 (SE2) licencjonowany na zasadach licencji Application Specific Full Use (ASFU). Podkreślił, że model licencji ASFU jest charakterystyczny dla ORACLE. Licencja typu ASFU jest licencją ograniczoną, sprzedawaną przez dostawcę oprogramowania łącznie z konkretnym, nazwanym oprogramowaniem (pakietem aplikacji) produkowanym przez tego dostawcę. Oznacza to, że licencja ASFU przeznaczona jest wyłącznie dla konkretnego pakietu aplikacji i nie może być wykorzystywana na potrzeby innego oprogramowania. W przedmiotowym postępowaniu COMARCH zaoferował system HIS pn. OPTIMED NXT wraz z oprogramowaniem bazodanowym ORACLE SE2 na licencji ASFU, co oznacza, że oprogramowanie ORACLE - zgodnie z treścią oferty COMARCH - może być wykorzystywana wyłącznie na potrzeby systemu OPTIMED NXT, co jest w sposób ewidentny sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego wynikającymi z wyjaśnień do SIWZ udzielonych w dniu 17 listopada 2020 r.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie analizowano charakter wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego, przyjmując konsekwentnie, iż takie wyjaśnienia wiążą tak Zamawiającego, jak i wykonawców, którzy obowiązani są uwzględnić treść wyjaśnień przy sporządzaniu oferty. Nie budzi zatem wątpliwości fakt, iż wyjaśnienia stają się częścią SIWZ, nawet wówczas, gdy wraz z ich udzieleniem nie następuje formalna zmiana SIWZ (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 stycznia 2015 r., KIO 110/15 czy też przywołany w tym orzeczeniu wyrok Izby z 12 maja

2010 r., KIO/UZP 729/10). W związku z powyższym odpowiedź na pytanie 188 należy traktować jako uszczegółowienie wymagań dotyczących oprogramowania bazodanowego, które nie mogło zostać pominięte przez wykonawców przy sporządzaniu oferty.

Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, iż wybór oferty COMARCH nastąpił z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż oferta nie spełnia bowiem wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ. Zdaniem Odwołującego brak jest również możliwości dokonania poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt Pzp jako, że taka poprawa stanowiłaby istotną zmianę oferty. Niezależnie od tego trudno w tym wypadku mówić o niezamierzonej omyłce przy sporządzaniu oferty, z której dodatkowo nie wynika, w jaki sposób należałoby ją poprawić co dodatkowo wyłącza zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że przy konstruowaniu własnej oferty uwzględnił wyjaśnienia Zamawiającego oferując oprogramowanie bazodanowe ORACLE na zasadach licencji Full-Use (czyli licencji nieograniczonej) uznając, że zaoferowanie licencji ASFU jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Wyjaśnił, że cena licencji ASFU jest znacząco niższa niż cena licencji Full-Use. W związku z tym pominięcie wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego umożliwiło COMARCH uzyskanie dodatkowej przewagi w postępowaniu i pozwoliło na obniżenie ceny ofertowej.

Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego, który zaakceptował taką praktykę wykonawcy COMARCH potraktować należy więc jako naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości, stwierdzając, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, oferta COMARCH nie budziła wątpliwości co do zgodności jej treści z treścią SIWZ, tym samym nie zachodziła przesłanka jej odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący swe zarzuty opiera wyłącznie, na udostępnionym dnia 18 grudnia 2020 r. - na jego pisemny wniosek z dnia 16 grudnia 2020 r.- formularzu oferty COMARCH i oświadczeń w nim zawartych, a to dotyczących oferowanych produktów, w szczególności dotyczących producenta oprogramowania, modelu oraz roku produkcji, czyli de facto katalogowych cechach produktu. Natomiast w niniejszym postępowaniu najistotniejszym dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy objęte zamówieniem (w tym nowa wersja HIS, silnik bazodanowy) odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, był szczegółowy opis techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia, sporządzony wg zał. nr 1 do SIWZ (pkt 11.3.2. lit a) SIWZ), który to - w szczególności w wyniku uwzględnienia odwołania Odwołującego dokonanego dnia 10 listopada 2020 r. (sygn. akt KIO 2867/20) oraz wyjaśnień treści SIWZ z dnia 17 listopada 2020r. - został odpowiednio zmieniony. Zamawiający podkreślił również, że kierując się

poszanowaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp - opisał przedmiot zamówienia tak, by nie ograniczać kręgu wykonawców, w szczególności Zamawiający wyraźnie określił, co będzie uruchomione na silniku bazodanowym: HIS, w skład którego wchodziło wiele modułów, min. EDM (elektroniczna dokumentacja medyczna), Apteka, Oddziały, Poradnie itp.

Zamawiający odnosząc się do stanowiska Odwołującego dotyczącego udzielonej przez niego odpowiedzi na pytanie nr 188 podkreślił, iż na tak skonstruowaną treść „pytania” Wykonawcy, nakierowującą wręcz na odpowiedź, Zamawiający, przyjmując narzuconą zerojedynkową logikę, nie mógł inaczej odpowiedzieć, ponieważ zgoda (potwierdzenie) spowodowałoby ewidentną sprzeczność z opisanym przedmiotem zamówienia, w szczególności z zapisem mówiącym o konieczności integracji z PACS, LIS, Endobase, ERP oraz z systemem RIS, w tym możliwości zaproponowania przez Wykonawców zintegrowanego modułu RIS tj. rozwiązania umożliwiającego ubieganie się o zamówienie większej liczbie Wykonawców (bez narzucania ponoszenia przez potencjalnych Wykonawców opłaty integracyjnej u dotychczasowego dostawcy oprogramowania CRID, którym dysponuje Zamawiający), w myśl zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wyjaśnił również, że opis przedmiotu zamówienia określony w zał. nr 1 do SIWZ i ww. zapis dotyczący integracji dostarczanej nowej wersji HIS z posiadanymi przez Zamawiającego systemami dla profesjonalnych wykonawców w branży informatycznej (IT) jest jasnym i precyzyjnym wskazaniem do czego będzie wykorzystany silnik bazodanowy w przedmiotowym zamówieniu. Tym bardziej nie znajduje uzasadnienia teza Odwołującego jakoby „(...) bezspornym pozostaje, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał dostarczenia oprogramowania bazodanowego, które mogłoby być wykorzystywane także na potrzeby innego systemu, niż ten który był przedmiotem zamówienia”.

W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił w opisie przedmiotu zamówienia silnik bazodanowy w zał. nr 1 do SIWZ: Opis przedmiotu zamówienia : Szczegółowy opis wymagań HIS („Części Białej”) B. BAZA DANYCH (SILNIK BAZODANOWY), który będzie wykorzystywany na potrzeby dostarczanego systemu HIS, jak również potrzeby integracji z posiadanym PACS, LIS, Endobase, ERP, czy też zaoferowanym własnym RIS. Zamawiający wskazał, że Odwołujący w swej ofercie, złożonej dnia 8 grudnia 2020 r. również zaoferował rozwiązanie posiadające moduł klasy RIS, zastępujący oprogramowanie CRID posiadane przez Zamawiającego, zatem na tym etapie nie miał wątpliwości co do funkcji i zastosowania oferowanego silnika bazodanowego (tj. zarówno na potrzeby dostarczanego systemu HIS jak i dla proponowanego systemu RIS).

Ponadto Zamawiający wskazał, że nie ograniczał w żaden sposób licencji niezbędnych do funkcjonowania oferowanych przez potencjalnych Wykonawców oprogramowań, dając, tym samym, Wykonawcom możliwość zaoferowania swoich produktów zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia. Natomiast dobór sposobu licencjonowania bazy danych leżał po stronie wykonawców, ponieważ miał być odpowiednio dostosowany przez Wykonawcę do zaoferowanego przez niego produktu, zgodnego z wyspecyfikowaną potrzebą Zamawiającego. Zamawiający nie mógł i nie ograniczał konkurencji poprzez jakiegokolwiek narzucenie sposobu licencjonowania oferowanego rozwiązania. Zamawiający wymagał jednak, aby Wykonawcy zaoferowali produkt zgodny z potrzebą Zamawiającego wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia, tak by został osiągnięty cel zamówienia jakim jest w szczególności dostawa, instalacja i uruchomienie nowej wersji oprogramowania typu HIS oraz oprogramowania bazodanowego (silnika) niezbędnego do jego działania, migracja podstawowych danych z używanego przez Zamawiającego oprogramowania typu HIS (Optimed firmy Comarch Healthcare SA), integracja z działającym u Zamawiającego oprogramowaniem innych producentów poprzez standard HL7 CDA oraz świadczenie usług gwarancyjnych i serwisowych wobec całości dostarczonego i zrealizowanego przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnił, że COMARCH złożył dokumenty, z których ponad wszelką wątpliwość wynikało, iż oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania wyspecyfikowane przez Zamawiającego. Tym samym Zamawiający miał realne możliwości oceny oferty COMARCH w zakresie postawionych wymagań w szczególności: informatycznych/sprzętowych, w tym silnika bazodanowego, określonego w zał. nr 1 do SIWZ: Opis przedmiotu zamówienia: Szczegółowy opis wymagań HIS („Części Białej”) B. Baza danych (silnik bazodanowy), stanowiących wymagany przedmiot zamówienia (uzyskał niezbędne informacje do oceny merytorycznej części oferty), a pomiędzy oświadczeniem zawartym w formularzu oferty a dokumentami potwierdzającymi nie zachodzi wewnętrzna sprzeczność. Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował, nie miał podstaw, by stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Innymi słowy oferta w swej warstwie merytorycznej odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący żąda aby oceniał on złożone oferty w zakresie wykraczającym poza wymogi zawarte w SIWZ. Toteż żądanie Odwołującego unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty COMARCH z uwagi na złożenie oferty sprzecznej z treścią SIWZ i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie znajduje uzasadnienia.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że umowa o licencję ASFU (tj. specjalna wersja licencji dla pakietu aplikacji) zawierana jest pomiędzy producentem bazy danych (Oracle) a Partnerem - dostawcą oprogramowania/ pakietu aplikacji (w tym przypadku COMARCH

Healthcare S.A). Natomiast licencja Full Use jest licencją do dowolnych oprogramowań. Odwołujący również wskazał w treści odwołania, że licencja typu ASFU, którą oferuje COMARCH może dotyczyć pakietu aplikacji (czyli jak w niniejszym postępowaniu). Zatem, tym bardziej nie znajduje potwierdzenia teza Odwołującego, jakoby licencja, którą wskazał w formularzu oferty COMARCH, nie obejmowała pakietu aplikacji, które COMARCH zaproponował w ramach swojej oferty i oferowanego silnika bazy danych tj. Producenta Oracle, Model Database SE2 ASFU, rok produkcji 2020. Natomiast w świetle braku ograniczeń co do wyboru sposobu licencjonowania dla zaoferowanego produktu i złożonego przez COMARCH w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia wg zał. nr 1 do SIWZ, Zamawiający nie miał wątpliwości co do funkcji i zastosowania zaoferowanego przez tego Wykonawcę silnika bazodanowego. Zamawiający wręcz miał pewność co do zgodności i rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia z postawionymi w SIWZ wymogami.

Zamawiający dodatkowo wskazał, że wnioski wysnute przez Odwołującego z treści odpowiedzi na tzw. pytanie nr 188 - po złożeniu ofert i zapoznaniu się z treścią formularza konkurencyjnej oferty - są błędne i zbyt daleko idące w kontekście wyspecyfikowanego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący, wręcz narzucając swój tok rozumowania, de facto próbuje zmienić zobiektywizowaną potrzebę Zamawiającego, określoną w sposób jasny i precyzyjny w SIWZ, poprzez zmianę wymaganego zastosowania silnika bazodanowego określonego w pkt B ww. opisu przedmiotu zamówienia, wyłącznie pod produkt, który Odwołujący zaoferował, z licencją, którą Odwołujący dysponuje, przez co stał się on znacznie droższy od oferty najkorzystniejszej, opierając przy tym swe zarzuty odnoszące się do oferowanego silnika bazodanowego przez COMARCH, jedynie na niczym niepotwierdzonych domniemaniach.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że nie mógł narzucać Wykonawcom (profesjonalistom w branży IT) sposobów licencjonowania silnika bazy danych niezbędnego do działania systemów/ aplikacji objętych zamówieniem, a przez nich oferowanych, by nie ograniczać uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Natomiast COMARCH zaoferował silnik bazy danych zgodny z wymaganiami technicznymi wyspecyfikowanymi przez Zamawiającego w zał. nr 1 do SIWZ w pkt B tabeli SZCZEGÓŁOWY OPIS WYMAGAŃ HIS („CZĘŚCI BIAŁEJ”), odpowiednio dobierając sposób licencjonowania do oferowanego przez siebie produktu. Tym samym, należy uznać, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez COMARCH została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy, bowiem nie zachodziła przesłanka odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a zatem żądanie Odwołującego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w szczególności odrzucenia oferty

Sygn. akt KIO 45/21

COMARCH i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej nie znajduje uzasadnienia.

Przystępujący w piśmie procesowym złożonym w dniu 1 lutego 2021r. wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że Odwołujący uzasadniając odwołanie powołał się na udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 188, która w jego opinii nie może zostać uznana jako modyfikacja SIWZ w zakresie określenia dodatkowego warunku dotyczącego licencji (na korzystanie z oprogramowania bazodanowego) i w żaden sposób nie uprawnia do domniemywania przez Odwołującego wymagań, jakich de facto Zamawiający nie określił w SIWZ. Taki warunek nie został wprost wskazany w wymaganiach Zamawiającego określonych w SIWZ, a odpowiedź na pytanie nie stanowiła również zmiany wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ, tym samym za daleko idące i nieuprawnione są wnioski, a tym samym zarzut Odwołującego. Przystępujący podkreślił, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani nie udowodnił, że treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. Odpowiedź Zamawiającego, w zakresie nie potwierdzenia tezy postawionej przez Odwołującego w pytaniu, nie stanowi określenia dodatkowych wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia dotyczących licencji. W opinii COMARCH, brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, iż jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Natomiast próba wyinterpretowania dodatkowych wymagań z odpowiedzi Zamawiającego, nie wynikających z SIWZ, przez Odwołującego stanowi niezgodne z przepisami prawa zamówień publicznych modyfikowanie postanowień SIWZ celem podjęcia przez Zamawiającego niezgodnych z przepisami prawa zamówień publicznych czynności. Przystępujący podkreślił, że SIWZ, jako dokument zawierający potrzeby i wymagania Zamawiającego, które w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia ma zapewnić wybrany wykonawca, ma wiążący charakter. Gdyby więc wolą Zamawiającego było postawienie wymogu w zakresie warunków licencji oprogramowania bazodanowego w zakresie podnoszonym przez Odwołującego, to takie zapisy zostałyby umieszczone w SIWZ (w tym poprzez modyfikację SIWZ). Natomiast takiego warunku Zamawiający nie określił (SIWZ nie została również w tym zakresie zmodyfikowana). Tym samym nie można uznać, jak twierdzi Odwołujący, że taki warunek został postawiony, a SIWZ zmodyfikowana w tym zakresie poprzez udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi, iż nie potwierdza On, że dostarczony silnik bazy danych wykorzystywany będzie wyłącznie na potrzeby dostarczonego systemu HIS. Podkreślił, że gdyby Zamawiający oczekiwał od wykonawców dostarczenia oprogramowania bazodanowego na potrzeby innego systemu niż ten stanowiący przedmiot zamówienia - to znalazłoby to niewątpliwie odzwierciedlenie w zapisach SIWZ wraz ze szczegółowym opisem wymagań. Natomiast w SIWZ w sposób jasny, precyzyjny i kompleksowy zostało wskazane,

że Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy zaoferowali produkt pozwalający na realizację zamówienia tj. dostawy, instalacji i uruchomienia nowej wersji oprogramowania typu HIS oraz oprogramowania bazodanowego (silnika) potrzebnego do jego działania, migracji danych i integracji z działającym u Zamawiającego oprogramowaniem. Szczegółowe wymagania określa Załącznik 1 - opis przedmiotu zamówienia, część B BAZA DANYCH (SILNIK BAZODANOWY), a nadinterpretacja ze strony Odwołującego bazująca na udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 188 jest nieuprawniona i bezpodstawna.

Przystępujący podkreślił również, że postawione przez Odwołującego pytanie de facto nie realizuje celu jakim jest wyjaśnienie niejasnych, budzących wątpliwość treści SIWZ, a stanowi nieudaną próbę doprowadzenia do modyfikacji SIWZ, która jednak nie miała miejsca w tym zakresie. Zadając pytania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego każdy wykonawca powinien mieć świadomość, że przedmiotowa instytucja odnosi się wyłącznie do sytuacji, gdy wykonawca nie rozumie treści SIWZ i w celu jej zrozumienia zwraca się do Zamawiającego o jej wyjaśnienie. Zwrócenie się przez Odwołującego z pytaniem: Prosimy o potwierdzenie, że dostarczony silnik bazy danych wykorzystywany będzie wyłącznie na potrzeby dostarczonego systemu HIS - w sytuacji, gdy nie można było wywieść takiego wniosku z opisu przedmiotu zamówienia, nie można uznać za pytanie mające na celu wyjaśnienie niejasnych, niezrozumiałych zapisów SIWZ, a jako zwrócenie się w innym celu niż wyjaśnienie treści SIWZ. Potwierdzeniem prezentowanego stanowiska jest Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2011 r., sygn.. akt KIO 836/11. W konsekwencji zdaniem Przystępującego, w niniejszym postępowaniu nie doszło do modyfikacji SIWZ w zakresie, w jakim sugeruje to Odwołujący, gdyż postanowienia SIWZ określają szczegółowo wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia, które Przystępujący w całości spełnia. Nadinterpretacja odpowiedzi Zamawiającego na pytanie Odwołującego w zakresie wymagań Zamawiającego nie jest w żaden sposób ani zasadna ani uprawniona. Przedmiotowe wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ, w tym przypadku wyeliminowania możliwości zaoferowania przedmiotu zamówienia spełniającego postawione przez Zamawiającego w postępowaniu wymagania.

Przystępujący wskazał także, że Zamawiający w opisie zamówienia w żaden sposób nie ograniczył sposobu licencjonowania silnika bazodanowego, tym samym pozostawiając dobór odpowiedniej licencji spełniającej warunki SIWZ Wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie. Dostarczona licencja miała obejmować cały zakres dostarczanych w ramach przetargu systemów/aplikacji, tym samym Zamawiający nie określając sposobu licencjonowania nie ograniczył konkurencji i pozwolił wykonawcom wybrać sposób licencjonowania tak by obejmował swoim zakresem całość zaoferowanych rozwiązań nie tylko ograniczając go do samego systemu HIS. Zdaniem Przystępującego Odwołujący

powołując się na odpowiedź na pytanie dokonuje nadinterpretacji odpowiedzi Zamawiającego. Odpowiedź Zamawiającego nie miała charakteru ograniczającego sposób licencjonowania, wręcz przeciwnie miała charakter otwarty, nie narzucała ograniczenia licencji tylko do systemu HIS. Podkreślił, że przedmiotem zamówienia nie był tylko sam system HIS ale również między innymi system RIS i system EDM. Dokumenty załączone do niniejszego pisma potwierdzają ponadto, że zaoferowana przez Przystępującego licencja nie jest ograniczona tylko do samego systemu HIS i obejmuje wszystkie zaoferowane w postępowaniu systemy wraz z wymaganymi przez Zamawiającego integracjami z innymi systemami posiadanyymi przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”). Do rozpoznania odwołania zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp. Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, w tym załącznika nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia, część B BAZA DANYCH (SILNIK BAZODANOWY), oferty Przystępującego, treści pytania nr 188 oraz udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na powyższe pytanie.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Przystępującego adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Interpretacja powyższego przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Powyższa niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutu odwołania, wskazać należy, że aby rozstrzygnąć niniejszą sprawę ustalić należało, czy udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie 188 stanowiło modyfikację SIWZ w zakresie konieczności zaoferowania licencji o charakterze nieograniczonym, jak twierdził Odwołujący, czy też pomimo udzielenia odpowiedzi na powyższe pytanie wybór sposobu licencjonowania bazy danych leżał po stronie wykonawców, a jego wybór miał być dostosowany jedynie do zaoferowanego przez wykonawcę produktu, zgodnego z wyspecyfikowaną potrzebą Zamawiającego, w konsekwencji czego udzielenie odpowiedzi na ww. pytanie nie wpływało na sposób licencjonowania – jak twierdził Zamawiający.

Skład orzekający rację w sporze przyznał Zamawiającemu stwierdzając, że uwzględniając treść SIWZ oraz OPZ nie sposób uznać, że odpowiedź na pytanie nr 188 modyfikowała wymogi wynikające z powyższych dokumentów co do oprogramowania typu HIS oraz oprogramowania bazodanowego w tym przede wszystkim w zakresie sposobu licencjonowania. Zauważyć bowiem należy, że w sytuacji nie postawienia przez Zamawiającego w OPZ wymogów co do rodzaju licencji (ograniczona, nieograniczona),

odpowiedzi Zamawiającego „Nie potwierdza”, nie sposób uznać za określenie dodatkowych wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia dotyczących licencji, a już na pewno, że Zamawiający wymaga zaoferowania licencji o nieograniczonym charakterze. Podkreślić bowiem należy, że obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie w SIWZ, wszelkich potrzeb i wymagań co do przedmiotu zamówienia, które ma zapewnić wykonawca. W sytuacji więc, gdy Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogu w zakresie warunków licencji oprogramowania bazodanowego w zakresie podnoszonym przez Odwołującego, to takich wymagań nie sposób wywieść z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 188, a tym bardziej nie sposób uznać, że wymaganie odnośnie licencji, które nie zostało opisane w SIWZ zostało zmodyfikowane w wyniku ww. odpowiedzi.

Ponadto odnosząc się do udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi i jej charakteru, to wskazać należy, że jak wyjaśnił Zamawiający na zadane przez wykonawcę pytanie nie mógł udzielić innej odpowiedzi, bowiem zgoda (potwierdzenie) spowodowałaby ewidentną sprzeczność z opisanym przedmiotem zamówienia, w szczególności z zapisem mówiącym o konieczności integracji z PACS, LIS, Endobase, ERP oraz z systemem RIS, w tym możliwości zaproponowania przez Wykonawców zintegrowanego modułu RIS.

W ocenie składu orzekającego w rozpoznawanej sprawie istotne jest również to, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i uruchomienie nowej wersji oprogramowania typu HIS oraz oprogramowania bazodanowego (silnika) potrzebnego do jego działania, migracji danych i integracji z działającym u Zamawiającego oprogramowaniem, nie zaś dostawa licencji. Skoro więc przedmiotem zamówienia nie stanowiła dostawa licencji, a Zamawiający nie ograniczał w żaden sposób licencjonowania niezbędnego dla prawidłowego funkcjonowania oferowanych przez wykonawców oprogramowań, dając wykonawcom możliwość zaoferowania swoich produktów zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia, to Przystępujący oferując silnik bazy danych zgodny z wymaganiami technicznymi wyspecyfikowanymi przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt B tabeli Szczegółowy opis wymagań HIS („CZĘŚCI BIAŁEJ”) wraz z odpowiednio dobranym sposobem licencjonowania do oferowanego przez siebie produktu, złożył ofertę zgodną z SIWZ. Podkreślić ponadto należy, że zaoferowana przez Przystępującego licencja nie jest ograniczona tylko do samego systemu HIS bowiem obejmuje wszystkie zaoferowane w postępowaniu systemy wraz z wymaganymi przez Zamawiającego integracjami z innymi systemami posiadanymi przez Zamawiającego.

Reasumując, Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu brak było podstaw do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem oferta Przystępującego spełniała wymogi opisane w OPZ, czego Odwołujący w żaden sposób nie podważył.

Izba oddaliła wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego złożone wraz z pismem procesowym z dnia 29 stycznia 2021 r. złożone na okoliczność wykazania, iż licencja

Sygn. akt KIO 45/21

ORACLE ASFU jest licencją ograniczoną, umożliwiającą korzystanie z oprogramowania ORACLE wyłącznie z konkretnym systemem / aplikacją podmiotu trzeciego, co wyklucza możliwość użycia oprogramowania ORACLE ASFU do współpracy z innymi systemami i aplikacjami, a nadto - na okoliczność wykazania, iż cena oprogramowania ORACLE ASFU jest niższa od ceny oprogramowania ORACLE licencjonowanego bez ograniczeń licencji ASFU (licencja Full Use), stwierdzając, że Zamawiający w OPZ nie postawił żadnych ograniczeń co do sposobu licencjonowania dostarczanego rozwiązania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....