

**Sygn. akt: KIO 2527/18**

**POSTANOWIENIE  
z dnia 19 grudnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Bartosz Stankiewicz**

**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 19 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2018 r. przez wykonawcę: SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Kutnowski Szpital Samorządowy sp. z o. o., ul. Kościuszki 52, 99-300 Kutno

przy udziale: wykonawcy Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2527/18 po stronie Odwołującego,

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:.....**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Kutnowski Szpital Samorządowy sp. z o. o., ul. Kościuszki 52, 99-300 Kutno wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest modernizacja sieci teleinformatycznej, dostawa i wdrożenie Infrastruktury sprzętowej i oprogramowania ZSI w ramach projektu pn. „wdrożenie elektronicznej dokumentacji medycznej w kutnowskim szpitalu samorządowym” realizowanego w ramach oś priorytetowa VII infrastruktura dla usług społecznych, działanie VII.1 technologie informacyjno-komunikacyjne, poddziałanie VII.1.2 technologie informacyjno - komunikacyjne przez Kutnowski Szpital Samorządowy spółka z o.o. w Kutnie, na podstawie Umowy o dofinansowanie projektu Nr UDA-RPLD.07.01.02 - 10-0044/17-00 w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2014-2020 pod numerem postępowania: ZP/19/18.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 27 listopada 2018r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 521112-2018-PL.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ Odwołujący: SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa w dniu 7 grudnia 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na nieprawidłowym, prowadzącym do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji określeniu opisu przedmiotu zamówienia i pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego, szczegółowo określonych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców:

A. sprowadzające się do takiego skonstruowania wymagań minimalnych dla fNI silnika bazy danych, zawartych w stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ rozdziale II.2.2.5 - „Silnik bazy danych” OPZ:

- które spełniają tylko Wykonawcy korzystający z baz danych jednego producenta, co nie wpływa na funkcjonalność zamawianego rozwiązania i nie ma racjonalnych podstaw w

postaci szczególnych potrzeb Zamawiającego,

- które są wygórowane w stosunku do potrzeb Zamawiającego i nieprzystające do pozostałych wymagań zawartych w OPZ,

B. sprowadzające się do takiego ukształtowania funkcjonalności technicznych systemu HIS, zawartego w stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ punkcie 11.3.6 „Dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego ZSI” OPZ, które wskazuje na konieczność przyjęcia konkretnej architektury oprogramowania HIS (tj. technologii trójwarstwowej), w sytuacji gdy przyjęta architektura systemu nie wpływa na jego funkcjonalność i rozwiązanie to nie jest podyktowane jakimikolwiek potrzebami Zamawiającego, a dostarczony system równym efektem mógłby funkcjonować w architekturze dwuwarstwowej,

C. sprowadzające się do takiego ukształtowania funkcjonalności technicznych systemu ERP zawartego w stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ punkcie 11.3.6 „Dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego ZSI” OPZ, które wskazuje na konieczność przyjęcia konkretnej architektury oprogramowania ERP (tj. technologii trójwarstwowej i równocześnie technologii dwuwarstwowej), w sytuacji gdy przyjęta architektura systemu nie wpływa na jego funkcjonalność i rozwiązanie to nie jest podyktowane jakimikolwiek potrzebami Zamawiającego oraz brak jest wskazań aby system ERP musiał funkcjonować jednocześnie w architekturze trójwarstwowej jak i dwuwarstwowej,

D. sprowadzające się do takiego ukształtowania parametrów i wymagań technologicznych stawianych dla serwerów oraz macierzy, zawartych w stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ pkt II.2.1.1 „Serwery aplikacyjne” i 2.1.2 i „Serwery bazodanowe” oraz pkt II.2.1.3 „Macierz” OPZ, które narzuca Wykonawcom obowiązek zaoferowania serwerów oraz macierzy określonego producenta, co prowadzi do utrudnienia dostępu do zamówienia tym wykonawcom, którzy korzystają z serwerów i macierzy innych producentów, przy czym wymagania w tym zakresie stawiane w OPZ nie mają rzeczywistego wpływu na funkcjonalność zamawianego systemu i nie są podyktowane jakimikolwiek potrzebami Zamawiającego,

E. sprowadzające się do takiego uregulowania wymagań dotyczących migracji danych do zamawiającego systemu, zawartych w stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ rozdziale II.3.10 „Migracja danych” OPZ, które jest skrajnie nieprecyzyjne, przy jednoczesnym braku zapewnienia jakiegokolwiek dokumentacji technicznej posiadanego przez Zamawiającego systemu, z którego dane mają ulec migracji do systemu zamawianego oraz kodów źródłowych do posiadanego systemu oraz przeniesienie uszczegółowienia zakresu migracji na etap analizy przedwdrożeniowej. W konsekwencji może to prowadzić do zobowiązania potencjalnego Wykonawcy do dokonania czynności zmierzających do analizy posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania celem ustalenia i zidentyfikowania stosowanych w tym oprogramowaniu zasad składowania danych, relacji i powiązań tych

danych, a więc przerzucenie na potencjalnego Wykonawcę obowiązku ustalenia przedmiotu zamówienia (który to obowiązek dodatkowo możliwy będzie do zrealizowania dopiero na etapie wykonywania zamówienia) i uniemożliwienie temu Wykonawcy ustalenia na etapie składania ofert, jaki jest rzeczywisty zakres prac niezbędnych do przeprowadzenia migracji danych, a przez to i skalkulowania oferty, co prowadzi dodatkowo do uprzywilejowania jednego z Wykonawców - dotychczasowego dostawcy systemu.

F. sprowadzające się do takiego ukształtowania wymagań dotyczących integracji dostarczonego systemu z posiadany przez Zamawiającego oprogramowaniem, zawartych w stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ punkcie II.3.5 „Oprogramowanie aplikacyjne - wymagania ogólne” ppkt.17 i 18 OPZ:

- które przenosi na potencjalnego Wykonawcę pełną odpowiedzialność oraz wszystkie koszty wykonania tej operacji, w tym te, na których wysokość potencjalny Wykonawca nie ma wpływu, z uwagi na niezapewnienie potencjalnemu Wykonawcy przez Zamawiającego dokumentacji technicznej i kodów źródłowych dotychczas posiadanych systemów, a dodatkowo,

- które nie daje Zamawiającemu możliwości ustalenia na etapie składania ofert rzeczywistego zakresu zamówienia oraz koniecznych nakładów prac potrzebnych do przeprowadzenia integracji i wiążących się z tym kosztów,

G. sprowadzające się do takiego ukształtowania wymogów stawianych funkcjonalnościom zamawianego Systemu, zawartych stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ pkt II.3.1. „Wymogi dotyczące interoperacyjności lub migracji dla oferowanego ZSI” OPZ, które wymaga od Wykonawcy przewidzenia przyszłych, niezidentyfikowanych w SIWZ potrzeb Zamawiającego, co uniemożliwia Wykonawcy, na etapie składania ofert przewidzenia rzeczywistego zakresu zamówienia i związanych z jego wykonaniem kosztów,

H. sprowadzające się do takiego ukształtowania wymogów stawianych dostępności zamawianego systemu, zawartych stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ pkt II.3.2. „Dostępność dostarczanego rozwiązania” OPZ, które nie określa, z których funkcjonalności Zamawiający powinien móc korzystać aby można było uznać, że System zachowuje dostępność na wymaganym poziomie,

2. art. 29 ust. 1, 2 i 3, w zw. z art. 91 ust. 2, 2 c-d i 3 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, sprowadzające się do takiego określenia, w stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ pkt 4 „Funkcje punktowane” Warunkach dotyczących formy i procedury próbkki, funkcji punktowanych, które nie wskazuje celu, rezultatu, jaki osiągnąć mają określone funkcjonalności, a w sposób precyzyjny reguluje mechanizm działania tych

funkcjonalności, co wskazuje na preferowanie przez Zamawiającego konkretnego rozwiązania oferowanego przez konkretnego Wykonawcę, przy jednoczesnym uregulowaniu pozacenowego kryterium oceny ofert, o wadze 50%, w którym oceniane będą wspomniane funkcje punktowane, stanowiące zaledwie 8 z ponad 1000 funkcjonalności, jakie zawierał będzie zamawiany System, co stanowi nieproporcjonalne do kryterium ceny uregulowanie pozacenowego kryterium oceny oferty, prowadzące do faworyzowania konkretnego Wykonawcy.

Wobec powyższego wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób opisany w treści uzasadnienia
2. a ponadto, wnosił o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W razie uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwołujący zażądał od Zamawiającego modyfikacji treści SIWZ jak wyżej.

Pismem z dnia 17 grudnia 2018r., które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie oświadczając, że uwzględni w całości odwołanie i zarzuty w nim przedstawione oraz wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że do chwili obecnej do Izby nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust.2 zd.1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art.186 ust.2 zd.1 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod

warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z art.185 ust.2 zd. 1 cyt. ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

W niniejszej sprawie zgłoszenie takie nie zostało skutecznie dokonane po stronie Zamawiającego.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art.186 ust.6 pkt 1 ustawy Pzp i § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Z wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, a jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy albo rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron, Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.

W niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło w okolicznościach, o których mowa w ust.2 art.186 ustawy Pzp, a w takiej sytuacji w myśl ust.6 pkt 1 powyższego przepisu koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.186 ust.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:.....**

.....

.....