

Sygn. akt: KIO 1627/19

POSTANOWIENIE
z dnia 4 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 4 września 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2019r. przez **wykonawcę Medicalgorithmics Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 81** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Copernicus Podmiot Leczniczy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, al. Jana Pawła II 50**

przy udziale **wykonawcy Pro-PLUS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Śnieżna 3** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn.. akt KIO 1627/19 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,
- 1.1 Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000zł. 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Medicalgorithmics Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 81** tytułem wpisu 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup sprzętu do telerehabilitacji kardiologicznej (rehabilitacji hybrydowej) wraz z oprogramowaniem – systemem telemetrycznym zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 sierpnia 2019r. za numerem 2019/S 154-379427. W tym samym dniu zamawiający opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 22 sierpnia 2019r. odwołanie wniósł wykonawca Medicalgorithmics Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 81- dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 sierpnia 2019r. udzielonego przez członka zarządu powołanego uchwałą Rady Nadzorczej nr 26 z dnia 22 lipca 2019r. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 sierpnia 2019r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, tj. przez opisanie zamówienia w taki sposób, że łącznie wymagania zamawiającego określone w OPZ spełnia tylko jeden konkretny produkt jednego konkretnego producenta;
- b) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1a ustawy przez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunku, który utrudnia konkurencję, jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia;
- c) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy przez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

- a) zmienił treść siwz oraz treść ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) dokonaną zmianę siwz przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano siwz, oraz zamieścił zmianę siwz na stronie internetowej na której siwz jest udostępniana,
- c) przesunął termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, z uwzględnieniem postanowień art. 12a ust. 2 ustawy,
- d) niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji

Unii Europejskiej zamieścić informację o zmianach na stronie internetowej.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy postanowienia siwz zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz wadliwie określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej jednocześnie wszystkie wymagania siwz. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia siwz pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo sformułowałby postanowienia siwz, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, faktycznie umożliwiając odwołującemu złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania siwz. Tym samym oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Przez kwestionowane w odwołaniu postanowienia siwz i ogłoszenia o zamówieniu zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania siwz. W rezultacie odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

W dniu 23 sierpnia 2019r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 26 sierpnia 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Pro-PLUS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Śnieżna 3 wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest wykonawcą zainteresowanym złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, zaś urządzenia medyczne i system telemedyczny, które będą przedmiotem tej oferty spełniają wymagania zamawiającego. Interes przystępującego polega na obronie aktualnego brzmienia postanowień siwz i ogłoszenia, gdyż nie naruszają one żadnych przepisów ustawy, ani innych ustaw, a postulowane przez odwołującego zmiany są ukierunkowane wyłącznie na uzyskanie możliwości złożenia oferty przez odwołującego. Wymagania opisane przez zamawiającego są podyktowane jego potrzebami. W interesie przystępującego leży także nieprzedłużanie

procedury postępowania, gdyż przystępujący jest zainteresowany złożeniem oferty w terminie przewidzianym w aktualnych postanowieniach siwz i zawarciem umowy bez zbędnej zwłoki. Leży to także w interesie zamawiającego, aby mógł on realizować swoje zadania w oparciu o zamówiony sprzęt i system telemedyczny. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 sierpnia 2019r. udzielonego przez prezesa zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji spółki. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 26 sierpnia 2019r.

W dniu 3 września 2019r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni w całości zarzuty odwołania. Wniósł o umorzenie postępowania i zniesienie kosztów postępowania. Jednocześnie zamawiający wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami z 2 września 2019r. zmienił wymagane parametry na :

- synchroniczny zapis EKG do wbudowanej pamięci (minimum 7 odprowadzeń : 6 odprowadzeń kończynowych i 1 przedsercowe) z możliwością zdalnej zmiany konfiguracji na 3 dowolnie wybrane przedsercowe (spośród V1, V2, V3, V4, V5 lub V6), pozyskany przy pomocy 5 elektrod

lub dwukanałowy, przenośny rejestrator EKG, dający możliwość ciągłego pomiaru sygnału EKG podczas treningów rehabilitacyjnych, umożliwiający rejestrację sygnału EKG pomiędzy treningami rehabilitacyjnymi w trybie diagnostyki arytmii pozyskany za pomocą 3 elektrod”,

- wbudowany moduł komunikacji głosowej GSM, umożliwiający połączenie głosowe z pacjentem poprzez wbudowany głośnik lub zestaw słuchawkowy lub komunikacja pacjenta z personelem za pomocą telefonu komórkowego, stanowiącego element zestawu do telerehabilitacji kardiologicznej.

Zamawiający zmodyfikował także sporny warunek udział w postępowaniu nadając mu treść: Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie przynajmniej jedną usługę polegającą na budowie (bądź rozbudowie), wdrożeniu i utrzymaniu systemu telemedycznego o łącznej wartości nie mniejszej niż 250 000 zł brutto.

W zakresie zarzutu niejednoznacznego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia zamawiający podał, że systemem, z którym wykonawca będzie musiał zintegrować zaoferowany system telemedyczny to Optimed NXT produkowany przez Comarch Healthcare. Wersja systemu jest zmienna i zmiana wersji następuje z częstotliwością raz na 2 – 3 tygodni. Obecna wersja to 1.4.158. Zamawiający nie jest w stanie podać wersji, która będzie obowiązywać po 40 miesiącach od rozpoczęcia funkcjonowania systemu. Zamawiający poinformował, że nie przekaże wykonawcom kodów źródłowych do wszystkich systemów oraz dokumentacji tych systemów, jakie będą musiały być zintegrowane z systemem do rehabilitacji

hybrydowej ze względu na prawa autorskie. W tym zakresie zamawiający powołał wyrok Izby z dnia 15 maja 2017r. sygn. akt KIO 714/17. W ocenie zamawiającego dane dotyczące kodów źródłowych oraz dokumentacji systemów, z którymi ma nastąpić integracja nie są niezbędne dla spełnienia wymogu „systemu (platformy) umożliwiającej integrację z systemami posiadanymi przez zamawiającego”. W tym zakresie zamawiający uważa, że wystarczająca jest dokumentacja w zakresie opisów interfejsów i protokołów wymiany danych.

Zamawiający określił, że zakres integracji dotyczy następujących danych:

1. Dane osobowe i teledadresowe pacjenta,
2. Unikalny identyfikator pacjenta w HIS,
3. Dane osobowe i typ personelu osoby nadzorującej telerehabilitację kardiologiczną danego pacjenta,
4. Wyniki badań pacjenta zawierające:
 - a) informację o przypisanym pacjentowi aparacie (w tym jednoznaczny identyfikator), na którym było wykonane badanie,
 - b) identyfikacja personelu medycznego, który nadzorował badanie,
 - c) data i godzina początku i końca sesji ćwiczeń i czas trwania sesji ćwiczeń,
 - d) zapis tekstowy odnoszący się do przebiegu sesji,
 - e) data i godzina każdego pojedynczego pomiaru,
 - f) wyniki liczbowe pomiarów: masa ciała, ciśnienie tętnicze,
 - g) wgląd w kompletny zapis krzywej EKG (wszystkie odprowadzenia/kanały) poprzez odnośnik do postaci źródłowej w Platformie z możliwością pobrania zapisu,
 - h) zdarzenia ekg (fragmenty krzywej w formacie pliku graficznego),
 - i) zapis nagrania dźwiękowego z sesji (jeżeli dotyczy)
5. wynik przeprowadzonych ankiet,
6. niezbędne dane rozliczeniowe do sprawozdawczości z płatnikami, w tym kody ICD9 i ICD10 (po zakończeniu projektu)
7. przypisany do sesji pobyt na oddziale/wizyta ambulatoryjna,
8. obsługa zleceń elektronicznych wystawianych w systemie zamawiającego (Optimed NXT) i ich statusów.

Odnośnie udostępnienia interfejsów, protokołów wymiany danych, zamawiający wyjaśnił, że niezwłocznie po uzyskaniu przez zamawiającego ww danych z firmy Optimed NXT zostaną one przekazane wykonawcom z uwzględnieniem terminów, o których mowa w art. 12a ustawy. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z treścią pisma wyjaśniającego z dnia 2 września 2019r. i zgodnie z wnioskami zawartymi w odwołaniu dokonał stosownych zmian w treści siwz i opisu przedmiotu zamówienia.

W dniu 3 września 2019r. przystępujący złożył oświadczenie, że nie wnosi sprzeciwu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła zgłaszającego się przystępującego w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego wynika, że zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca nie wniósł sprzeciwu. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 186 ust. 3 ustawy, która stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Konsekwencją zastosowania tej normy prawnej jest obowiązek umorzenia postępowania przez Izbę, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji rozstrzygnięcia. Zamawiający jest zobowiązany do zmiany ogłoszenia o zamówieniu i siwz zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniosła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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. z 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: