

**WYROK**

z dnia 17 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2013 r.

przez wykonawcę: **CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Informatyzacja SPZZOZ w Przysusze* (nr postępowania 04/ZP/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Przysusze**

przy udziale wykonawcy: **SYSTEM 2000 Przedsiębiorstwo Rozwoju i Innowacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**

po pierwsze – zmianę opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez wykreślenie zdania: *Z uwagi na różnorodność rozwiązań występujących na rynku, wymagane jest również, aby powyższe wdrożenia systemów HIS z RIS i ERP lub HIS z LIS i ERP były zrealizowane w oparciu o system, który będzie przedmiotem oferty lub o jedną z wcześniejszych jego wersji,*

po drugie – wykreślenie z poz. 6 pkt 4.3.1 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania mówiącego o tym, że *oprogramowanie, o które oparty jest oferowany system (lub jego wcześniejsze wersje) jest od co najmniej dwóch lat przez jego producenta rozwijane i utrzymywane i dostępna jest ich publiczna oferta,* oraz odstąpienie od żądania złożenia na potwierdzenie tych

*okoliczności stosownego oświadczenia od producenta oferowanego systemu,*

– po trzecie – uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie migracji danych z istniejących u zamawiającego systemów informatycznych przez określenie wolumenu danych podlegających migracji oraz formatu zapisu danych eksportowanych z tych systemów.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Przysusze** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Przysusze** na rzecz **odwołującego: CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący: .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Przysusze – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *SPZZOZ w Przysusze* (nr postępowania 04/ZP/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2013/S 076-127452 z 18 kwietnia 2013 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (<http://szpital.przysucha.pl>), na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwanej również dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

29 kwietnia 2013 r. (pismem z tej daty) CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (lub aktów wykonawczych do tej ustawy):

1. Art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 – przez wprowadzenie do ogłoszenia (pkt III.2.3 – str. 7 ogłoszenia) oraz do SIWZ (rozdział III pkt 2. – str. 4) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia oraz skutkującego nierównym traktowaniem wykonawców, co wyraża się w żądaniu wylegitymowaniem się realizacją zamówień referencyjnych tożsamy z zamówieniem będących przedmiotem zamówienia, a także w żądaniu wykonania zamówienia referencyjnego, którego zakres w sposób istotny wykracza poza zakres przedmiotowego zamówienia (wymóg dostawy systemu integrującego się z platformą ePUAP na poziomie transakcyjnym wraz z obsługą płatności za usługi dokonywanych na platformie ePUAP).
2. Art. 25 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r.,

poz. 231, dalej zwanego w skrócie „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”) – przez wprowadzenie wymogu wskazania w wykazie wykonanych dostaw danych kontaktowych osób mogących potwierdzić informacje zawarte w wykazie.

3. Art. 25 ust. 1 w zw. z § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz art. 7 ust. 1 – przez wprowadzenie w załączniku nr 1 do SIWZ (str. 4, 11 i 17) wymogu dostarczenia po złożeniu oferty komputera z oprogramowaniem testującym i metodyką testu, w celu weryfikacji wyniku testu wydajnościowego PASSMARK przeprowadzanego przez podmiot niezależny od wykonawcy, który to wymóg może dotyczyć selektywnie wybranych wykonawców.
4. Art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 25 ust. 1 w zw. z § 6 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów – przez wprowadzenie w załączniku nr 1 do SIWZ (str. 8,15, 21 i 24) wymogu posiadania przez dostarczane komputery i monitory certyfikatu EPEAT na poziomie GOLD, który to certyfikat nie potwierdza spełnienia żadnych europejskich norm środowiskowych, a Zamawiający niezależnie od certyfikatu EPEAT żąda certyfikatu Energy Star, który dotyczy spełnienia norm europejskich.
5. Art. 29 ust. 1 – przez wprowadzenie wymogu przeprowadzenia migracji danych z działających u Zamawiającego systemów KS-PPS, LAB3000, HEX, RaksDOS, Asystent, bez udostępnienia informacji na temat wolumenu danych podlegających migracji, określenia sposobu eksportu danych z systemów migrowanych oraz formatu zapisu danych eksportowanych z tychże systemów, a także bez opisu struktury plików, w których zapisywane są migrowane dane, co uniemożliwia dokonanie wyceny kosztów wymaganej migracji.
6. Art. 7 ust. 1 – przez wprowadzenie w rozdziale I pkt 8 SIWZ (str. 3) możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej w siedzibie Zamawiającego, co może skutkować udostępnieniem części wykonawców informacji, które nie zostały ujawnione w treści SIWZ i co będzie prowadzić do nierównego traktowania wykonawców.
7. Art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1-2 – przez wprowadzenie w poz. 6 tabeli 4.3.1 załącznika nr 1 do SIWZ (str. 137) wymogu dostarczenia systemu HIS i ERP pochodzącego od jednego producenta, który to system ma być oferowany publicznie przez dwa lata, co ma być potwierdzone oświadczeniem producenta, które to warunki są niejednoznaczne, a nadto ograniczają konkurencyjność postępowania, wyłączając możliwość zaoferowania produktów obecnych na rynku krócej niż dwa lata.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w ogłoszeniu i SIWZ polegających na:

1. Wykreśleniu postanowień wprowadzających wymóg (A) wykazania się realizacją dostaw

referencyjnych dotyczących systemów HIS, RIS i ERP lub HIS, LIS i ERP tożsamych z oferowanymi w postępowaniu oraz (B) wykazania się dostawą lub rozbudową systemu informatycznego integrującego się z platformą ePUAP na poziomie transakcyjnym wraz z obsługą płatności za usługi dokonywanych na platformie ePUAP.

2. Wykreśleniu z kolumny trzeciej załącznika nr 3 do SIWZ wymogu wskazania numeru telefonu i danych osoby, mogącej potwierdzić podane w wykazie informacje.
3. Wykreśleniu z pozycji 2 tabel: 1.1 (Zestawy komputerowe dla administracji z oprogramowaniem biurowym i antywirusowym), 1.2 (Zestawy komputerowe dla personelu medycznego z oprogramowaniem biurowym i antywirusowym), 1.3 (Stanowisko robocze do laboratorium z systemem operacyjnym i oprogramowaniem antywirusowym) – zawartych w załączniku nr 1 do SIWZ – fragmentu: *Zamawiający zastrzega sobie, iż w celu sprawdzenia poprawności przeprowadzenia testu Oferent musi dostarczyć Zamawiającemu oprogramowanie testujące, komputer do testu oraz dokładny opis metodyki przeprowadzonego testu wraz z wynikami w celu ich sprawdzenia w terminie nie dłuższym niż 3 dni od otrzymania zawiadomienia od Zamawiającego.*
4. Wykreśleniu z załącznika nr 1 do SIWZ wymogów dotyczących posiadania certyfikatów EPEAT Gold.
5. Uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej migracji przez:
  - wskazanie wolumenu danych podlegających migracji,
  - określenie sposobu eksportu danych z systemów migrowanych oraz formatu zapisu danych eksportowanych z tychże systemów,
  - opisanie struktury plików, w których zapisywane są migrowane dane.
6. Wykreśleniu z SIWZ postanowień dotyczących przeprowadzenia wizji lokalnej.
7. Wykreśleniu z poz. 6 tabeli 4.3.1 załącznika nr 1 do SIWZ (str. 137) zdania: *Poprzez pochodzenie od jednego producenta Zamawiający rozumie, że oferowane oprogramowanie jest oprogramowaniem COTS (ang. Commercial off-the-shelf) oraz że oferowany system jest od co najmniej dwóch lat przez jego producenta rozwijany i utrzymywany i dostępna jest jego publiczna oferta. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wymagane jest złożenie stosownego oświadczenia od producenta oferowanego systemu.*

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzuty podając następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

I.

Odwołujący podał, że w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.2.3 - str. 7 ogłoszenia) oraz

w SIWZ (rozdział III pkt 2 - str. 4 SIWZ) znalazł się następujący opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia: *Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony, jeżeli: Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał:*

*a) minimum jedną dostawę sprzętu komputerowego wraz z wdrożeniem systemu HIS (ang. Hospital Information System) obejmującego co najmniej funkcjonalność rozliczeń z płatnikami i zleceń medycznych, ruch chorych i systemu RIS (ang. Radiology Information System) oraz ERP (Enterprise Resource Planning) lub minimum jedną dostawę sprzętu komputerowego wraz z wdrożeniem systemu HIS obejmującego co najmniej funkcjonalność rozliczeń z płatnikami, zleceń medycznych i systemu LIS (ang. Laboratory Information System) oraz ERP (Enterprise Resource Planning), w obu przypadkach o wartości zamówienia nie mniejszej niż 2.200.000,00 PLN brutto (słownie: dwa miliony dwieście tysięcy złotych). Z uwagi na różnorodność rozwiązań występujących na rynku, wymagane jest również, aby powyższe wdrożenia systemów HIS z RIS i ERP lub HIS z LIS i ERP były zrealizowane w oparciu o system, który będzie przedmiotem oferty, oraz*

*b) minimum 1 (jedną) dostawę i wdrożenie lub rozbudowę dowolnego systemu informatycznego, polegające na jego integracji z platformą ePUAP na poziomie transakcyjnym wraz z obsługą płatności za usługi dokonywanych na platformie ePUAP o wartości zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000,00 PLN brutto (słownie: sto tysięcy złotych).*

W ocenie Odwołującego opis obu rodzajów zamówień referencyjnych narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 pzp

I.a)

Zdaniem Odwołującego w przypadku pierwszego z zamówień referencyjnych Zamawiający wymaga, aby zamówienie referencyjne obejmowało dostawę systemów HIS, RIS i ERP lub HIS, LIS i ERP takich samych, jak te, które są przedmiotem oferty (inaczej mówiąc zamówienie referencyjne ma być identyczne z zamówieniem, które jest przedmiotem prowadzonego postępowania). Odwołujący wywiódł, że taki sposób kształtowania warunków udziału w postępowaniu jest niedopuszczalny, co potwierdza ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. Przyjmuje się bowiem, że zasada proporcjonalności wyrażona w art. 22 ust. 4 pzp oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać one dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania (por.

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2636/12). Dla wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie trzeba wykazywać doświadczenia w zakresie usług tożsamych, identycznych z przedmiotem zamówienia, ale takich, które są do nich zbliżone, podobne pod względem rodzaju czy charakteru. Domaganie się przez Zamawiającego doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia jest z mocy ustawy wyłączone (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2543/11, uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 28 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO/KD 76/12).

Odwołujący raz jeszcze stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu wymóg legitymowania się wykonaniem dostaw oferowanych systemów jest równoznaczny z żądaniem wcześniejszego wykonania wdrożenia systemu identycznego z systemem będącego przedmiotem oferty. Dodatkowo podniósł, że sposób ukształtowania warunku udziału w postępowaniu ogranicza swobodę wykonawcy w sporządzaniu oferty, gdyż musi powielić przedmiot świadczenia zamówienia referencyjnego, tj. musi on ponownie zaoferować te same produkty, w tym także systemy innych producentów. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wyłącza więc możliwość dobrania komponentów systemu pochodzących od innych producentów, niż to miało miejsce w czasie realizacji zamówienia referencyjnego. Taki warunek ogłoszenia i SIWZ ogranicza więc konkurencyjność postępowania oraz skutkuje nierównym traktowaniem wykonawców, co jest równoznaczne z naruszeniem art. 7 ust. 1 PZP.

I. b)

W odniesieniu do drugiej z dostaw referencyjnych (dostawa lub rozbudowa systemu informatycznego polegającego na integracji tego systemu z platformą ePUAP na poziomie transakcyjnym wraz z obsługą płatności za usługi dokonywanych na platformie ePUAP) Odwołujący podniósł, że tak określony warunek nie jest związany z przedmiotem zamówienia i wykracza poza jego zakres.

Odwołujący podał, że wymagania dotyczące integracji z platformą ePUAP Zamawiający zawarł w pkt 4.2.19 załącznika nr 1 do SIWZ (*Opis przedmiotu zamówienia*, dalej zwany również w skrócie „OPZ” – str. 133): *Moduł integrujący z ePUAP obejmuje integrację pomiędzy wdrożonym zgodnie z wytycznymi 4.2.16 oraz 4.2.17 Systemem Obiegu Dokumentów a platformą ePUAP w taki sposób, że wynikiem tej integracji będzie udostępnienie na ePUAP sprawdzenia stanu sprawy, która prowadzona jest przez SPZZOZ w Przysusze a także złożenie wniosku, skargi lub zapytania, które kierowane będą bezpośrednio do Systemu Obiegu Dokumentów.*

W ocenie Odwołującego taka treść SIWZ jednoznacznie wskazuje, że przedmiotem

zamówienia nie jest system integrujący się z platformą ePUAP w sposób zapewniający obsługę płatności. Warunek Zamawiającego jest zatem nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i w sposób nieuprawniony ogranicza możliwość złożenia oferty w prowadzonym postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 pzp.

II.

Odwołujący podał, że w załączniku nr 3 do SIWZ określono wzór wykazu wykonanych dostaw referencyjnych zrealizowanych w okresie trzech lat poprzedzających złożenie oferty, przy czym w trzeciej kolumnie wykazu Zamawiający zażądał wskazania nazwy i adresu odbiorcy dostaw oraz *numeru telefonu i danych osoby, mogącej potwierdzić podane w wykazie informacje*.

Odwołujący ocenił, że takie żądanie narusza art. 25 ust. 1 pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zgodnie z treścią przywołanych przepisów w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać wykazu wykonanych głównych dostaw z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Odwołujący wywiódł, że zarówno ustawa, jak i rozporządzenie wykonawcze nie przewidują możliwości żądania od wykonawców danych kontaktowych osób zatrudnianych przez referencyjnych zamawiających.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w świetle unormowania zawartego w § 1 ust. 5 rozporządzenia zamawiający może zwracać się do zamawiających referencyjnych wyłącznie w wypadku, gdy złożony wykaz lub referencje budzą wątpliwości. Zamawiający nie powinien więc z góry zakładać, że takie wątpliwości zaistnieją, a tym bardziej nie może on wymagać od wykonawców wskazywania danych osób trzecich.

III.

Odwołujący opisał, że w pozycji 2 tabeli 1.1 (Zestawy komputerowe dla administracji z oprogramowaniem biurowym i antywirusowym), 1.2 (Zestawy komputerowe dla personelu medycznego z oprogramowaniem biurowym i antywirusowym), 1.3 (Stanowisko robocze do laboratorium z systemem operacyjnym i oprogramowaniem antywirusowym), zawartych w załączniku nr 1 do SIWZ (OPZ – str. 4, 11 i 17), Zamawiający opisał wymagania dla procesora, żądając przy tym spełnienia następującego warunku: *Procesor klasy x86, zaprojektowany do pracy w komputerach stacjonarnych, powinien osiągać w teście wydajności PassMark PerformanceTest (wynik dostępny: <http://www.passmark.com>*



*/products/pt.htm) co najmniej wynik 2621 punktów Passmark CPU Mark (wynik na dzień 14/04/2013). Zamawiający zastrzega sobie, iż w celu sprawdzenia poprawności przeprowadzenia testu Oferent musi dostarczyć Zamawiającemu oprogramowanie testujące, komputer do testu oraz dokładny opis metodyki przeprowadzonego testu wraz z wynikami w celu ich sprawdzenia w terminie nie dłuższym niż 3 dni od otrzymania zawiadomienia od Zamawiającego.*

W opinii Odwołującego warunek dostarczenia oprogramowania testującego oraz komputera do przeprowadzenia testu nie znajduje oparcia obowiązujących przepisach. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią SIWZ przeprowadzenie testu jest jedynie opcją, która nie musi dotyczyć wszystkich wykonawców, co może prowadzić do nierównego traktowania poszczególnych wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp). Ponieważ komputer z oprogramowaniem testującym ma być dostarczany po złożeniu oferty, nie stanowi jej części (nie jest to np. próbka). Nie wiadomo więc w jakim trybie Zamawiający będzie żądał jego przedstawienia. Niejasne jest również dla Odwołującego w ramach jakiej procedury Zamawiający zmierza przeprowadzać testy weryfikacyjne. Zdaniem Odwołującego może to skutkować dokonywaniem przez Zamawiającego arbitralnych rozstrzygnięć przy ocenie spełnienia warunków SIWZ.

Wykonawca wskazał dodatkowo, że Zamawiający wymaganą wydajność procesora opisał poprzez odniesienie do wyników publicznie udostępnianych testów wydajnościowych, które nie są przeprowadzane przez wykonawcę, ale niezależny podmiot testujący. Wykonawca nie uczestniczy w teście, jak również nie zna szczegółowych warunków jego przeprowadzenia. Dla Odwołującego całkowicie niezrozumiały i bezcelowy jest zatem zamiar przeprowadzania przez Zamawiającego weryfikacji wyniku testu, który nie był wykonany przez wykonawcę. W ocenie Odwołującego niezależnie od charakteru dostarczanego sprzętu (tj. niezależnie od tego czy traktowany on będzie jako próbka czy nie) uznać należy, że odpowiednie zastosowanie znajdują w tym wypadku przepisy ustawy dotyczące dokumentów, a w szczególności art. 25 ust. 1 pzp. Według Odwołującego w tym kontekście nie sposób uznać, że żądany komputer nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania, a co za tym idzie warunek stawiany przez Zamawiającego stoi w sprzeczności z przywołanym wyżej unormowaniem.

IV.

Odwołujący podał, że Zamawiający w pozycji 10 tabel: 1.1 (Zestawy komputerowe dla administracji z oprogramowaniem biurowym i antywirusowym, str. 8 OPZ), 1.2 (Zestawy komputerowe dla personelu medycznego z oprogramowaniem biurowym i antywirusowym, str. 15 OPZ), 1.3 (Stanowisko robocze do laboratorium z systemem operacyjnym

## Sygn. akt KIO 999/13

i oprogramowaniem antywirusowym, str. 21 OPZ) oraz w pozycji 18 tabeli 1.4 (Monitory komputerowe, str. 24 OPZ) – określił wymogi dotyczące żądanych certyfikatów, wymagając m.in. aby dostarczany sprzęt posiadał certyfikat EPEAT Gold.

W ocenie Odwołującego powyższy wymóg narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 w zw. z 25 ust. 1 ustawy pzp i § 6 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdyż EPEAT nie jest ani normą, ani certyfikatem. EPEAT to amerykański program wspierania zakupu technologii informatycznych przyjaznych środowisku, będący projektem GEC (Green Electronics Council z siedzibą Portland w stanie Oregon w USA) powstałym w odpowiedzi i na bazie europejskich uregulowań prawnych w dziedzinie ekologii, ochrony środowiska oraz obrotu odpadami elektronicznymi. Zdaniem Odwołującego żądanie dostarczenia dokumentu, który otrzymują firmy amerykańskie lub takie, które mają zarejestrowane oddziały w USA – stanowi rażące naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 pzp zasady równego traktowania wykonawców (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1798/10 oraz z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 483/11).

Odwołujący wskazał również, że w świetle postanowień § 6 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów zamawiający może żądać zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji. Zdaniem Odwołującego widocznym jest więc, że weryfikacja opisana w rozporządzeniu służy potwierdzeniu zgodności przedmiotu zamówienia z normami środowiskowymi obowiązującymi na terenie Unii Europejskiej. Odwołujący wywiódł, że ponieważ Zamawiający w SIWZ takiego poświadczania wymaga żądając certyfikatu zgodności z normami Energy Star 5.0, dublowanie tego wymogu poprzez odniesienie do amerykańskiego certyfikatu uznać należy za nadmiarowe.

V.

Odwołujący podał, że w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt 11.2.1 – str. 2) oraz w SIWZ (pkt 11.4.3.1-11.4.3.4 – str. 2-3 SIWZ) Zamawiający przewidział, że przedmiotem zamówienia jest m.in. migracja danych z istniejących u Zamawiającego następujących systemów informatycznych: a) systemu szpitalnego KS-PPS, b) systemu Laboratoryjnego LAB3000, c) systemu kadrowego-płacowego firmy HEX, d) systemów finansowo-

księgowych RaksDos, Asystent.

Odwołujący podniósł, że jedyne informacje na temat tego fragmentu zamówienia znajdują się w załączniku nr 1 do OPZ (str. 212-213 oraz 214) – Zamawiający ograniczył się jednak wyłącznie do wskazania rodzaju danych podlegających przeniesieniu. W ocenie Odwołującego dane te nie są wystarczające do oszacowania ceny ofertowej z następujących powodów. Zamawiający nie udostępnia informacji na temat ilości danych podlegających migracji (wolumenu danych). Nadto nie wskazuje, czy istniejące systemy udostępniają możliwość eksportu danych, a jeżeli tak, to jaki jest format zapisu eksportowanych danych. Według Odwołującego brak tych informacji nie pozwala na ustalenie czasu jaki należy przeznaczyć na wykonanie migracji czy określenie liczby osób, które musiałyby brać udział w migracji. Brak wiedzy na temat sposobu eksportu danych z migrowanych systemów nie daje również możliwości ustalenia, czy taka migracja jest w ogóle wykonalna. Odwołujący podsumował, że powyższe braki stanowią o niekompletności opisu przedmiotu zamówienia, co jest równoznaczne z naruszeniem art. 29 ust. 1 pzp.

VI.

Odwołujący zrelacjonował, że w rozdziale I pkt 8 SIWZ (str. 3) Zamawiający wprowadził następujący warunek: *Zamawiający przewiduje możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej w siedzibie Zamawiającego po uzgodnieniu dogodnego terminu.*

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie SIWZ jest sprzeczne z art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 29 ust. 1 pzp, albowiem może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, że obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny. Niedopuszczalne jest przerzucanie na wykonawców obowiązku samodzielnego gromadzenia informacji na temat warunków przyszłego wdrożenia. Jeśli więc wizja lokalna miałaby dostarczyć informacji istotnych dla sporządzenia oferty, to informacje te powinny znaleźć się w SIWZ. Jeśli zaś Zamawiający opcjonalnie dopuszcza przeprowadzenie wizji lokalnej, może to skutkować uzyskaniem przez część wykonawców istotnych informacji stanowiących podstawę sporządzenia oferty. Tym samym – zdaniem Odwołującego – Zamawiający stwarza warunki do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Każdy z wykonawców sporządzając ofertę powinien opierać się na tej samej dokumentacji. Niedopuszczalna jest zaś sytuacja, w której część wykonawców będzie się dodatkowo posiłkować wizją lokalną. Obowiązku jej przeprowadzenia Wykonawca nie jest zaś władny narzucić.

VII.

Odwołujący przywołał wymóg zawarty w załączniku nr 1 do SIWZ, w poz. 6 tabeli 4.3.1 (str. 137 załącznika nr 1 do SIWZ): *System w części medycznej i administracyjnej*

*pochodzi od jednego producenta. Wyjątkiem mogą być moduły specjalistyczne np. Laboratorium, Apteka, PACS. Poprzez pochodzenie od jednego producenta Zamawiający rozumie, że oferowane oprogramowanie jest oprogramowaniem COTS (ang. Commercial off-the-shelf) oraz że oferowany system jest od co najmniej dwóch lat przez jego producenta rozwijany i utrzymywany i dostępna jest jego publiczna oferta. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wymagane jest złożenie stosownego oświadczenia od producenta oferowanego systemu.*

W ocenie Odwołującego tak ukształtowany warunek narusza zasadę konkurencyjności postępowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 pzp, a dodatkowo wprowadzony opis jest nieprecyzyjny, co narusza art. 29 ust. 1 pzp. Odwołujący sprecyzował, że zarzut dotyczy wymogu oferowania systemu w części administracyjnej i szpitalnej przez okres 2 lat, jak również warunku dotyczącego dostępności publicznej oferty oraz obowiązku przedłożenia oświadczenia producenta oferowanego systemu.

Odwołujący wskazał, że niejasne jest od jakiej daty rozpoczyna bieg dwuletni termin, o którym mowa w zacytowanym postanowieniu SIWZ, np. czy jest to data publikacji SIWZ, czy też data składania ofert. Nie wiadomo też, co należy rozumieć pod pojęciem *dostępności publicznej oferty*. Są to zaś informacje istotne z punktu widzenia zgodności przedmiotu zamówienia z warunkami SIWZ. W tym zakresie opis przedmiotu zamówienia nie spełnia kryteriów określonych w art. 29 ust. 1 pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że dwuletni okres oferowania systemu w sposób oczywisty narusza uczciwą konkurencję. Zamawiający w sposób sztuczny dzieli bowiem istniejące systemy informatyczne na lepsze i gorsze, biorąc pod uwagę jedynie okres ich dostępności na rynku. Tymczasem sam okres oferowania produktu nie może świadczyć o walorach użytkowych i funkcjonalnych danego systemu. Kwestionowane postanowienie SIWZ ogranicza możliwość złożenia oferty przez podmioty, które dysponują produktem spełniającym wymogi SIWZ, ale oferują go krócej niż dwa lata. Liczba podmiotów spełniających ten warunek SIWZ jest zaś niewielka, co w znaczący sposób wpłynie na konkurencyjność przetargu.

Odwołujący wskazał ponadto, że opisując wymogi dotyczące pochodzenia systemu od jednego producenta Zamawiający praktycznie odniósł się tylko do kryteriów dotyczących sposobu dystrybucji produktu, co jednak w żaden sposób nie wpływa na walory oferowanego systemu. Zdaniem Odwołującego widoczne jest więc, że opisany warunek ma za zadanie jedynie ograniczyć liczbę potencjalnych oferentów.

24 kwietnia 2013 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający

wniósł o jego oddalenie w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Na wstępie Zamawiający stwierdził, że podniesione przez Odwołującego zarzuty dotyczące sporządzania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – uznaje za niezasadne.

I.a).

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, iż wymaga wykazania się realizacją zamówień tożsamyh z zamówieniem będącym przedmiotem zamówienia, gdyż warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie się wykonaniem zamówienia obejmującego przedmiotowo najważniejsze elementy, które będą przedmiotem udzielanego zamówienia, co nie oznacza, że konieczne jest wykazanie się wykonaniem takiego samego (tożsamego) zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że w świetle powołanych przez Odwołującego przepisów ustawy pzp nie może być kwestionowane uprawnienie Zamawiającego do formułowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób, który umożliwi wybór wykonawcy posiadającego kwalifikacje i doświadczenie gwarantujące należyte wykonanie zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 22 ust. 1 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają m.in. warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Ustęp 5 przywołanego artykułu uszczegóławia, że warunki te oraz sposób dokonywania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W związku z tym, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja, konfiguracja oraz wdrożenie (rodzaje usług informatycznych) wraz z serwisem i nadzorem autorskim zintegrowanego systemu Informatycznego (w skrócie „ZSI”), Zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Zdaniem Zamawiającego w art. 22 ust. 4 pzp ustawodawca precyzyjnie określa granicę, do której zamawiający ma pełną swobodę w określaniu rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia jakimi powinien się wykazywać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że niewątpliwie wymóg posiadania doświadczenia we wdrażaniu złożonych systemów informatycznych, jakimi są systemy klasy RIS, HIS, ERP oraz LIS, jest związany z przedmiotem zamówienia. Doświadczenie, jakim będzie się wykazywał wykonawca, musi być przez Zamawiającego ocenione w taki sposób, aby był on pewny, że wykonawca będzie zdolny należycie wykonać udzielone zamówienie. Zdaniem

Zamawiającego wymaganie wykazania się wykonaniem zamówienia zrealizowanego w oparciu o system, który jest przedmiotem oferty jest prawidłowe. Zamawiający podniósł, że w żadnym miejscu ogłoszenia ani SIWZ nie określił, aby konieczne było wykazanie się wykonaniem systemu identycznego z systemem będącym przedmiotem oferty. Jednakże ma jednak prawo wymagać, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem, które będzie potrzebne do wykonania przedmiotowego zamówienia. Doświadczenie nierozzerwalnie wiąże się bowiem z nabytymi kwalifikacjami, oceną rzetelności wykonawcy w zakresie zrealizowanych dostaw, instalacji i usług, a także efektywnością, czyli rezultatem podjętych działań. Zamawiający wywiódł, że firmy informatyczne posiadają bardzo ściśle specjalizacje rynkowe i produktowe (np. posiadają w ofercie systemy informatyczne dla ZOZ), a realizując zamówienia i umowy zdobywają doświadczenie, a co za tym idzie kwalifikacje. Firma taka staje się właścicielem *know-how*, gromadzonego w różny sposób w jej strukturach, który jest wykorzystywany dla jej rozwoju i wzbogacania oferty usług lub produktów, realizowania kolejnych umów, a także jest przekazywany podczas wdrażania nowych pracowników. Zasób wiedzy i umiejętności to właśnie kwalifikacje, jakie firma nabyła w trakcie swojego istnienia na rynku. Zamawiający podsumował, że ustawodawca w pełni zezwolił zamawiającemu, aby określił on sposób dokonywania oceny tych 4 cech.

Według Zamawiającego Odwołujący powinien sobie zdawać sprawę, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania, gdyż odpowiada przed organem założycielskim oraz wszystkimi organami kontrolnymi za sposób realizacji swoich zadań, w tym również tych związanych z zakupami systemów informatycznych wraz z dostawą, instalacją i pozostałym zamawianymi usługami. Dlatego Odwołujący, jako podmiot profesjonalny, powinien zdawać sobie sprawę, że wykazując zrealizowanie rzetelnie i efektywne dostawy sprzętu komputerowego wraz z wdrożeniem systemu HIS (ang. Hospital Information System) obejmującego co najmniej funkcjonalność rozliczeń z płatnikami i zleceń medycznych, ruch chorych i systemu RIS (ang. Radiology Information System) oraz ERP (Enterprise Resource Planning) lub minimum jedną dostawę sprzętu komputerowego wraz z wdrożeniem systemu HIS obejmującego co najmniej funkcjonalność rozliczeń z płatnikami, zleceń medycznych i systemu LIS (ang. Laboratory Information System) oraz ERP (Enterprise Resource Planning), które nie są systemami pochodzącymi od tego samego producenta, jak systemy oferowane w przedmiotowym postępowaniu, nie posiada doświadczenia i kwalifikacji, które zagwarantują, że jest zdolny do dostawy, instalacji i wykonania usług związanych z konfiguracją i wdrożeniem zamawianego systemu informatycznego.

Zamawiający stwierdził, że każdy ze znanych mu producentów systemów

informatycznych, w zupełnie inny sposób zaprojektował i wytworzył oferowane przez siebie systemy informatyczne. Według Zamawiającego implikuje to, że systemy te posiadają inną architekturę i budowę, pracują w oparciu o różne, często bardzo specyficzne środowiska i komponenty informatyczne – służące do wytwarzania oprogramowania, a także mają bardzo zróżnicowane cechy oraz sposób realizacji swoich funkcji. I w końcu – systemy te instaluje, konfiguruje i wdraża się w zupełnie inny sposób. W ocenie Zamawiającego wykonawca, który zrealizował umowę obejmującą dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie systemów informatycznych klasy HIS, RIS, ERP, LIS produkcji firmy A, nie posiada doświadczenia i kwalifikacji, które wskazywałyby, że może on zagwarantować rzetelną i efektywną dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie systemów, które zostały wyprodukowane przez firmę B. Według Zamawiającego stawiając zarzuty i opisując żądania – Odwołujący powinien udowodnić, że posiadane przez niego doświadczenie i kwalifikacje w dostawach, instalacjach, konfiguracjach i wdrożeniach systemów informatycznych klasy HIS, RIS, ERP, LIS, innych niż te, które będą przedmiotem oferty – zagwarantują Zamawiającemu, że jest on zdolny do wykonania tego zamówienia. W ocenie Odwołującego CompuGroupMedical Polska sp. z o.o. dokumentując doświadczenie i kwalifikacje we wdrożeniach własnych produktów (zgodnie z wykazem na stronie www CliniNET HIS, CliniNET ERP) – nie zagwarantuje Zamawiającemu, że posiada odpowiednie doświadczenie i kwalifikacje do wykonania dostawy i instalacji oraz konfiguracji i wdrożenia systemu produkcji np. Asseco Poland S.A. (zgodnie z wykazem na stronie www AMMS – AssecoMedical Management Solutions).

Z tego względu opisany warunek udziału w postępowaniu w ocenie Zamawiającego jest prawidłowy i zgodny z przywołanymi przez Odwołującego przepisami ustawy pzp Zamawiający podkreślił, że kwestionowany zapis nie ogranicza konkurencji, a Odwołujący owego ograniczenia nie wykazał.

Zamawiający jednocześnie poinformował, że w celu doprecyzowania intencji dotyczących określenia warunku udziału w postępowaniu, 14 maja 2013 r. dokonał zamiany ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, zmieniając brzmienie kwestionowanej części warunku udziału na następujące: *Z uwagi na różnorodność rozwiązań występujących na rynku, wymagane jest również, aby powyższe wdrożenia systemów HIS z RIS i ERP lub HIS z LIS i ERP były zrealizowane w oparciu o system, który jest przedmiotem oferty lub o jedną z wcześniejszych jego wersji.* Zamawiający uzasadnił, że choć dla niego jest oczywiste, że nie ma dwóch identycznych dostaw, instalacji, konfiguracji i wdrożeń, a systemy te z reguły przy każdej umowie w jakimś stopniu się różnią (stąd warunek udziału w postępowaniu odnosił się do wykazania zamówień *opartych o system* wcześniej

wdrożony), jednak w celu uniknięcia wątpliwości uznał powyższą korektę za wskazaną.

I. b)

Zamawiający oświadczył, że rezygnuje z wymagania, aby dostawa i wdrożenie lub rozbudowa dowolnego systemu informatycznego, polegająca na jego integracji z platformą ePUAP na poziomie transakcyjnym była wraz z obsługą płatności. Zamawiający przyznał, że jest to wymaganie rozszerzone w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że wymóg dostarczenia i wdrożenia modułu integracji z ePUAP wprost wynika ze złożonego wniosku o dofinansowanie, w którym założono, że *jedną ze składowych wdrażanego systemu będzie system elektronicznego obiegu dokumentów, który zostanie zintegrowany z ePUAP, BIP oraz z tworzonym systemem Obiegu Informacji w Starostwie Powiatowym w Przysusze (zintegrowane zostaną co najmniej skrzynki podawcze)*. Zamawiający podpisując umowę na dofinansowanie projektu, zdawał sobie sprawę, że zamawiany system musi ściśle odpowiadać temu, co zostało napisane we wniosku. Zasady finansowania projektów ze środków celowych (tutaj mazowiecki RPO) jasno definiują, że zakres wydatków realizowanych w projekcie ma być tożsamy z tym, co napisano we wniosku o dofinansowanie. W związku chcąc mieć pewność, że ta część zamówienia zostanie dobrze wykonana (oprócz części medycznej i administracyjnej), Zamawiający postanowił zbadać, czy wykonawca ubiegający się o udział w postępowaniu ma doświadczenie i kwalifikacje związane z realizacją usług dostaw i wdrożeń elementów systemów informatycznych (modułów) zapewniających integrację pomiędzy jakimkolwiek systemem a ogólnopolską platformą e-PUAP. Zamawiający ocenił, że jest to całkowicie uzasadnione, a w nowym brzmieniu warunek nie budzi żadnych wątpliwości.

Zamawiający poinformował jednocześnie, że 14 maja 2013 r. dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ polegającej na zmianie dotychczasowego brzmienia tego warunku na następujące: *minimum 1 (jedną) dostawą i wdrożenie lub rozbudowę dowolnego systemu informatycznego, polegające na jego integracji z platformą ePUAP na poziomie transakcyjnym o wartości zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000,00 PLN brutto (słownie: sto tysięcy złotych)*.

II.

Zamawiający poinformował, że 14 maja 2013 r. dokonał zmiany SIWZ polegającej na wykreśleniu kwestionowanego wymagania z treści załącznika nr 3 do SIWZ.

III.

Zamawiający poinformował, że 14 maja 2013 r. dokonał zmiany SIWZ polegającej na wykreśleniu kwestionowanego wymagania z treści załącznika nr 1 do SIWZ.

IV.



## Sygn. akt KIO 999/13

Zamawiający poinformował, że 14 maja 2013 r. dokonał zmiany SIWZ polegającej na wykreśleniu kwestionowanego wymagania z treści załącznika nr 1 do SIWZ.

V.

Zamawiający poinformował, że dokona uzupełnienia SIWZ polegającej na podaniu informacji na temat ilości danych podlegających migracji (wolumenu danych) oraz formatu plików w jakich dane zostaną wykonawcy przekazane.

VI.

W ocenie Zamawiającego wskazane w odwołaniu postanowienie nie może prowadzić do naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający stwierdził, że opisał przedmiot zamówienia w sposób kompletny (z zastrzeżeniem informacji o wolumenie migrowanych danych, które to uchybienie będzie skorygowane). Wizja lokalna nie ma służyć uzupełnieniu przez wykonawców we własnym zakresie informacji niezbędnych do przygotowania oferty i realizacji niniejszego zamówienia. Zamawiający podał, że wykonawcy będą mieć możliwość poznania jego siedziby, lecz nie będzie udzielał wykonawcom informacji uzupełniających opis przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego postanowienia o możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej są powszechnie stosowane przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego ma to stanowić dla wykonawców jedynie szansę na zapoznanie się z warunkami pracy Zamawiającego, które nie należą do opisu przedmiotu zamówienia i nie mogą być zawarte w OPZ (np. natężenie hałasu i ruchu, wielkość pomieszczeń, układ komunikacyjny w budynku itp.). Są to według Zamawiającego elementy niewpływające na treść oferty wykonawcy, jednak wykonawca powinien mieć możliwość zapoznania się z warunkami, w których będzie realizował wdrożenie.

VII.

Zamawiający nie zgodził się z podniesionym zarzutem. Zamawiający ponownie przywołał argument, że jest gospodarzem postępowania i – realizując wymóg dbałości o celowe wydatkowanie środków publicznych – odpowiada za opis przedmiotu zamówienia. W prerogatywie tej mieści się uprawnienie do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który w ocenie Zamawiającego zagwarantuje mu uzyskanie ww. celu, tj. rozwiązań, produktów i usług o możliwie najwyższej jakości dostępnej na rynku. Zdaniem Zamawiającego jedyne zastrzeżenie ograniczające wzmiankowaną prerogatywę, a dotyczące nieograniczania konkurencji – nie zostało zaskarżonym postanowieniem naruszone.

W opinii Zamawiającego wymaganiem powszechnie stosowanym na rynku przez zamawiających jest określenie, że w ramach oczekiwanego systemu informatycznego

dopuszczone są tylko rozwiązania typu COTS (komercyjne „z półki”). Zamawiający wyjaśnił, że generalnie stosuje się zamówienia na trzy różne typy oprogramowania: 1) COTS, 2) NDI (Non-Developmental Item) – przygotowane FOSS (free open source software) – wolne i otwarte oprogramowanie. Zamawiający wskazał również, że postanowienia wprowadzające wymaganie dostarczenia przez wykonawców gotowego rozwiązania są w praktyce często wprowadzane do postanowień SIWZ, co wynika z dbałości zamawiających o jakość oferowanych rozwiązań.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie udowodnił, że przedmiotowe wymaganie ogranicza konkurencję. Odwołujący nie wykazał, że na rynku istnieje tylko jeden producent, który oferuje rozwiązanie zdefiniowane w SIWZ. Zamawiający – na podstawie własnego rozpoznania na rynku – podał takich wykonawców jak Asseco Polska S.A. czy Kamssoft S.A. (oferta dostępna na stronach www tych producentów). W opinii Zamawiającego fakt, że Odwołujący nie dysponuje wskazanym przez Zamawiającego systemem, nie jest jednoznaczny z ograniczaniem konkurencyjności postępowania. W doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest pogląd o możliwości określania przez zamawiającego wymagań dotyczących zamawianych produktów, nie ma przy tym obowiązku dopuszczenia możliwości złożenia oferty przez wszystkich wykonawców, którzy zamierzają ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że opisane wymaganie jest jak najbardziej uzasadnione jego interesem oraz jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Interes ten wyraża się w dbałości o to, aby oprogramowanie typu COTS nie było oprogramowaniem, którego poprawność nie została jeszcze zweryfikowana w praktyce. Według Zamawiającego jest oczywiste, że tylko oprogramowanie istniejące na rynku dłuższy czas (co wyraża się we wdrożeniach oraz serwisowaniu, czyli usuwaniu błędów) jest oprogramowaniem sprawdzonym, a poprzez ciągły serwis – mniej awaryjnym. Zamawiający podał przykładowo, że oprogramowanie typu COTS, które zostałyby wprowadzone na rynek na 1 tydzień przed składaniem ofert – z oczywistych względów takiej gwarancji nie może dać. W ocenie Zamawiającego jego obowiązkiem jest eliminacja potencjalnych ryzyk związanych z tego typu produktami, co uzasadnia zdefiniowanie wymogu pochodzenia oprogramowania od jednego producenta w kwestionowanym zakresie, tj. wymogu 2 lat w sposób opisany w SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający po informował, że w związku ze zmianą brzmienia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także w celu doprecyzowania okresu 2-letniego, o którym mowa w poz. 6 tabeli 4.3.1 załącznika nr 1 do SIWZ, zmienił wskazane postanowienie przez nadanie mu następującego brzmienia: *System w części medycznej*

*i administracyjnej pochodzi od jednego producenta. Wyjątkiem mogą być moduły specjalistyczne np. Laboratorium, Apteka, PACS. Poprzez pochodzenie od jednego producenta Zamawiający rozumie, że oferowane oprogramowanie jest oprogramowaniem COTS (ang. Commercial off-the-shelf) oraz że oprogramowanie, o które oparty jest oferowany system (lub jego wcześniejsze wersje) jest od co najmniej dwóch lat przez jego producenta rozwijane i utrzymywane i dostępna jest ich publiczna oferta (przez okres dwóch lat Zamawiający rozumie dwa lata przed terminem składania ofert). Na potwierdzenie spełniania tego warunku wymagane jest złożenie stosownego oświadczenia od producenta oferowanego systemu.*

Zamawiający nie zgodził się natomiast z zarzucaną niejednoznacznością kwestionowanego sformułowania *dostępności publicznej oferty* oferowanego systemu. Wątpliwości Odwołującego nie są dla Zamawiającego zrozumiałe. Zamawiający stwierdził, że należy je interpretować zgodnie z wykładnią językową: oferowany system ma być dostępny publicznie (czyli dla każdego zainteresowanego zakupem) w ofercie producenta. Takie słowa jak *dostępny*, *publicznie* czy *oferta* są powszechnie używane i nie powinny budzić wątpliwości.

30 kwietnia 2013 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismem zgłoszenie przez SYSTEM 2000 Przedsiębiorstwo Rozwoju i Innowacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia we właściwej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego, gdyż jego zadaniem objęte odwołaniem postanowienia SIWZ i ogłoszenia nie naruszają przepisów ustawy pzp. Przystępujący wywiódł, że określenie postanowień ogłoszenia i SIWZ leży w gestii zamawiającego jako gospodarza postępowania, który jest uprawniony do samodzielnego określenia wymagań w sposób odpowiadający jego potrzebom i zapewniający osiągnięcie zamierzonego celu, pod warunkiem dochowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem Przystępującego Zamawiający uczynił zadość takim wymaganiom w przedmiotowym postępowaniu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających,

że nie została wypełniona żadna przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp (przy braku w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu) i wobec braku podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali powyżej opisane stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 18 kwietnia 2013 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie 20 lutego 2013 r. ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 11 listopada 2012 r., poz.1271).

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego mogą narażać Odwołującego na szkodę przez uniemożliwienie ubiegania się o jego udzielenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. (z załącznikami).

Izba wzięła również pod uwagę wydruki ze stron internetowych producentów oprogramowania (Esaprojekt, Asseco Poland, Kamssoft) oraz oświadczenia Esaprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, które zostały złożone przez Przystępującego na rozprawie, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

{zarzuty I. i VII.}

Podstawą uwzględnienia odwołania jest uznanie przez Izbę zasadności zarzutów skierowanych przeciwko określonemu przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z. opisowi sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz warunkowi, aby oprogramowanie, o które oparty jest oferowany system (lub jego wcześniejsze wersje) było od co najmniej dwóch lat przez jego producenta rozwijane i utrzymywane i dostępna była jego publiczna oferta.

Izba zważyła na wstępie, że właściwe sprecyzowanie warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp (w aktualnym stanie prawnym nazywane *opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków*) – ma kluczowe znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający mogli ocenę ich spełniania przeprowadzić na zasadzie *spełnia–nie spełnia*. Jest to istotne, gdyż warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiającego wpływają na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu. Jest to działanie dopuszczalne, jednakże w granicach wyznaczonych przez dyspozycję art. 22 ust. 4 pzp, który wskazuje na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału z przedmiotem zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, aby te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji, to jest naczelnych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma żądanych w tym celu dokumentów muszą zostać opisane przez zamawiających w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych potencjalnym wykonawcom na równych zasadach. W przedmiotowej sprawie nie ma pomiędzy stronami sporu o to, jakie generalne zasady rządzą kształtowaniem warunków udziału w postępowaniu, gdyż obie

strony deklarują konieczność poszanowania art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp, istnieje natomiast spór, czy w okolicznościach sprawy sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu oceny warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia (z uwzględnieniem dodatkowego warunku inkorporowanego do opisu przedmiotu zamówienia) odpowiada tym przepisom. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego przepisy te – posługując się takimi kryteriami jak *związanie z przedmiotem zamówienia*, *proporcjonalność do przedmiotu zamówienia* – wytyczają nieostre granice dla prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd częste spory na tym tle i odrębność każdej ze spraw z uwagi na odmienną uwarunkowań faktycznych, które są podstawą do oceny, czy zamawiający nie wykroczył poza granice swobody *gospodarza postępowania*.

Izba stwierdziła, że objęte zarzutami odwołania wymagania Zamawiającego prowadzą do ograniczenia konkurencji, które nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach rozstrzyganej sprawy. Zamawiający nie przedstawił argumentów pozwalających na uznanie, że ustanowione przez niego wymagania są niezbędne i nie prowadzą do eliminacji wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby postanowienia lit. a ppkt 1 pkt 2 rozdziału III s.i.w.z. oraz z poz. 6 tabeli 4.3.1 załącznika nr 1 do s.i.w.z. należy rozpatrywać łącznie w kontekście wpływu na konkurencję, choć według systematyki ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z. formalnie tylko pierwsze z nich dotyczy opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Jednakże drugie postanowienie, formalnie zamieszczone w ramach opisu przedmiotu zamówienia, precyzuje wymaganie *quasi*-przedmiotowe, które *de facto* dopełnia warunek udziału w postępowaniu. Nie ma przy tym znaczenia, że Odwołujący dostrzegł to powiązanie dopiero na rozprawie, skoro podniósł w odwołaniu w stosunku do każdego z tych postanowień analogiczny zarzut nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Z kolei Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w odniesieniu do każdego z tych postanowień podnosił kwestię proporcjonalności wymagania do przedmiotu zamówienia. Zamawiający miał zatem świadomość, że oba te wymagania rzutują na krąg wykonawców, którzy będą się mogli ubiegać o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby jednakże, wbrew odmiennemu pogładowi Zamawiającego i Przystępującego, te wzajemnie dopełniające się wymagania nie są adekwatne z punktu widzenia zasad rządzących zamówieniami publicznymi, w szczególności zasadą nieograniczania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Wymaganie, które powinno mieć charakter wyłącznie przedmiotowy, wpływa bezpośrednio na warunek udziału w postępowaniu, gdyż w rezultacie należy wykazać się doświadczeniem we wdrożeniu w ciągu ostatnich trzech lat systemu HIS-ERP opartego na systemie, który jest dostępny w sprzedaży od co najmniej dwóch lat. Z kolei podmiotowy

warunek udziału determinuje bezpośrednio przedmiot oferty, gdyż wykonawca może zaoferować tylko taki system HIS-ERP, który uprzednio wdrażał. W konsekwencji wiedza i doświadczenie zdobyte przy wdrożeniach innych – niż oferowany – systemów klasy HIS-ERP zostały z góry uznane przez Zamawiającego za nieadekwatne.

Dla porządku, a jednocześnie odnosząc w ten sposób do argumentacji z rozprawy, podkreślić należy, że wynikający z pierwszego zdania lit. a sposób oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia nie był przedmiotem sporu. Odwołujący w ogóle nie kwestionował konieczności wykazania należytego wykonania jednej dostawy sprzętu komputerowego wraz z wdrożeniem systemu HIS (ang. Hospital Information System) oraz ERP (Enterprise Resource Planning) o wartości zamówienia nie mniejszej niż 2,2 mln zł, przy czym system HIS miałby obejmować co najmniej funkcjonalność rozliczeń z płatnikami i zleceń medycznych oraz alternatywnie funkcjonalności: dotyczące ruchu chorych i systemu RIS (ang. Radiology Information System), albo systemu LIS (ang. Laboratory Information System). Natomiast przedmiotem zaskarżenia stało się – wynikające z drugiego zdania – dodatkowe wymaganie, aby takie wdrożenie (systemów HIS z RIS i ERP lub HIS z LIS i ERP) było zrealizowane w oparciu o system, który jest przedmiotem oferty. Odwołujący podtrzymał zarzut również w odniesieniu do możliwości oparcia wykonanego w przeszłości wdrożenia o jedną z wcześniejszych wersji systemu będącego przedmiotem oferty, co Zamawiający dopuścił zmianą s.i.w.z. z 14 maja 2013 r. Analogicznie w odwołaniu nie zakwestionowano postanowienia zawartego w poz. 6 tabeli 4.3.1. załącznika nr 1 do s.i.w.z. w zakresie, w jakim wymaga ono wdrożenia w części medycznej i administracyjnej systemu pochodzącego od jednego producenta (dopuszczając wyjątek w zakresie modułów specjalistycznych, np. Laboratorium, Apteka, PACS), które jest oprogramowaniem COTS (ang. Commercial off-the-shelf). Na marginesie zbędnych w tym zakresie wywodów odpowiedzi na odwołanie Izba zauważa, że COTS stanowi właśnie NDI (ang. Non-Developmental Item), czyli oprogramowanie niededykowane.

Natomiast Odwołujący zaskarżył wymaganie, aby oferowany system był co najmniej od dwóch lat rozwijany i utrzymywany i dostępna była jego publiczna oferta, co jego producent ma potwierdzić stosownym oświadczeniem.

Na potrzeby rozstrzyganej sprawy, choćby dla uniknięcia konieczności powtarzania całej kazuistyki opisu zastosowanej przez Zamawiającego, należy dokonać pewnego uporządkowania terminologicznego. Przede wszystkim, choć w odpowiedzi na odwołanie pojawia się określenie *systemy klasy RIS, HIS, ERP oraz LIS*, zasadniczymi systemami są tutaj HIS i ERP, co odzwierciedla również opis warunku. Choć w treści warunku podano jedynie rozwinięcia tych skrótów w języku angielskim, dzięki dopełniającemu postanowieniu

zamieszczonemu w opisie przedmiotu zamówienia wiadomo, że przez HIS należy rozumieć część medyczną systemu, a ERP to część administracyjna systemu, a więc nie są to już niezależne systemy, lecz dwa zasadnicze podsystemy jednego systemu. Zgodnie bowiem z pkt 1 rozdziału I s.i.w.z. przedmiotem zamówienia jest *dostawa, instalacja, konfiguracja oraz wdrożenie wraz z serwisem i nadzorem autorskim Zintegrowanego Systemu Informacyjnego (ZSI), obejmującego dwa podstawowe obszary funkcjonalne w działalności szpitala, tj. część medyczną i część administracyjną (oraz unowocześnienie strony internetowej Zamawiającego – co pozostaje poza obszarem zainteresowania w tej sprawie)*. Natomiast według § 2.II umowy: *Zgodnym celem Stron zawierających niniejszą umowę jest wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego w Samodzielnym Publicznym Zespole Zakładów Opieki Zdrowotnej w Przysusze. W skład Zintegrowanego Systemu Informatycznego wchodzi m.in. Szpitalny System Informacyjny (HIS, ang. Hospital Information System), wraz z Apteką i Apteczkami Oddziałowymi, Rozliczeniami z płatnikami, Przychodnią Przychodnią, Radiologiczny System Informacyjny (RIS, ang. Radiology Information System), Laboratoryjny System Informacyjny (LIS, ang. Laboratory Information System) z Punktem Pobrań oraz E-Pacjent, E-Rejestracja, E-Wyniki*. Natomiast według definicji pojęć umowy HIS to *(ang. Hospital/Healthcare Information System / Szpitalny System Informacyjny) Zintegrowany system do zarządzania procesami leczenia pacjenta, rejestrowania, przechowywania, przetwarzania i udostępniania informacji, dotyczących obsługi strony medycznej, a także danych administracyjno-finansowych w placówkach ochrony zdrowia*. Szpitalny System Informatyczny (HIS) jawi się zatem co najmniej jako zasadniczy, najważniejszy element zintegrowanego systemu informatycznego, który ma zostać wdrożony u Zamawiającego, a nawet jako system, który zawiera w sobie funkcjonalności związane z ERP, gdyż dla ERP w § 1 umowy nie przewidziano żadnej odrębnej definicji. Natomiast zarówno Radiologiczny System Informatyczny (ang. skrót RIS), Laboratoryjny System Informacyjny (ang. skrót LIS), stanowią *de facto* w ramach zintegrowanego systemu informatycznego jedynie jego specjalistyczne moduły, niewątpliwie zaliczające się do części medycznej systemu. Potwierdzają to ich definicje zawarte w § 1 umowy. LIS – *(ang. Laboratory Information System / Laboratoryjny System Informacyjny) Moduł zajmujący się rejestrowaniem, przetwarzaniem, dystrybucją i przechowywaniem danych generowanych podczas procedur laboratoryjnych oraz integracją i zarządzaniem analizatorami i aparatami diagnostycznymi*. RIS – *(ang. Radiology Information System / Radiologiczny System Informacyjny) moduł zajmujący się przechowywaniem, przetwarzaniem, dystrybucją i zarządzaniem dokumentacją pacjenta głównie w zakresie diagnostyki obrazowej*. Uwzględniając powyższe w dalszych wywodach na określenie



systemu opisanego w treści opisu warunku używane będzie sformułowanie „system HIS-ERP” lub „system klasy HIS-ERP”, chyba że znajdzie konieczność wspomnienia o bardziej szczegółowych aspektach tego systemu, takich jak RIS, LIS czy PACS, czy inne moduły części medycznej lub administracyjnej.

W ocenie Izby dokonany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia narusza art. 22 ust. 4 pzp, gdyż nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, co z kolei stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 pzp. Jak trafnie wskazano w odwołaniu za orzecznictwem Izby proporcjonalność opisu do przedmiotu zamówienia oznacza, że wywodzone z niego wymagania muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności zamówienia lub warunkami jego realizacji. Stawiane wymagania nie mogą przy tym ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy obiektywnie zdolni są do jego wykonania w sposób należyty. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Przykładowo w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano* (C-376/08) wskazano, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei w wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie *Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria* (C-234/03) wywieziono, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Ponadto Trybunał w wyroku z 16 września 1999 r. w sprawie *Komisja przeciwko Hiszpanii* (C-414/97) wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

Zasadniczym celem Zamawiającego, który zamierza osiągnąć przez udzielenie przedmiotowego zamówienia – jak to wynika z przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z. – jest kompleksowa informatyzacja szpitala, przede wszystkim przez wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informacyjnego (ZSI), który ma obejmować dwa podstawowe obszary funkcjonalne działalności szpitala, tj. część medyczną (HIS) i część administracyjną (ERP). Poprzedzone to ma być dostawą, instalacją i konfiguracją sprzętu komputerowego (według rozdziału 4. OPZ obejmującego: zestawy komputerowe, monitory komputerowe, drukarki laserowe, laserowe urządzenia wielofunkcyjne, szafa serwerowa, przełączniki

sieciowe, routery, firewalle, VPN, punkt dostępowy, kontroler sieci bezprzewodowej, zasilacze awaryjne, serwer systemu administracyjnego z oprogramowaniem, serwer systemu medycznego z oprogramowaniem, serwer zarządzający z oprogramowaniem, serwer do laboratorium, macierz dyskowa, biblioteka taśmowa, terminale sieciowe, laptopy, stacja technika RTG, terminal przenośny o wzmocnionej konstrukcji, infokioski, monitor diagnostyczny, tablety, drukarka do kodów kreskowych, czytnik kodów kreskowych) oraz rozbudową infrastruktury sieciowej (w zakresie wynikającym z rozdziału 2. OPZ). Bezpośrednio przed wdrożeniem ma być dostarczone i zainstalowane licencjonowane oprogramowanie obejmujące, po pierwsze – oprogramowanie infrastrukturalne (systemy operacyjne i pozostałe oprogramowanie dostarczane wraz ze sprzętem opisanym w rozdziale 1. OPZ), po drugie – oprogramowanie infrastrukturalne pozostałe, które zostało opisane w rozdziale 3. OPZ (system baz danych, oprogramowanie do wirtualizacji, oprogramowanie antywirusowe, oprogramowanie umożliwiające backup danych), po trzecie – pozostałe oprogramowanie niezbędne dla działania oferowanego rozwiązania systemowego (tu podano przykładowo: licencje na pakiety biurowe, jeśli ich użycie jest niezbędne do pracy systemów, licencje na biblioteki firm trzecich), po czwarte – oprogramowanie aplikacyjne, które będzie bezpośrednio wykorzystywanego przez użytkowników. W rozdziale 4. wyszczególniono następujące komponenty oprogramowania aplikacyjnego, które mają zostać wdrożone w ramach zintegrowanego systemu: 4.1. Oprogramowanie do laboratorium – *System Laboratorium Analityczne*, 4.2. Oprogramowanie administracyjne (składające się z modułów: Finanse-Księgowość, Fakturowanie, Koszty, Kasa, Gospodarka Materiałowa, Środki Trwałe, Ewidencja Wyposażenia, Kadry, Płace, Wspomaganie Budżetowania, Windykacja, Zamówienia Publiczne, Inwentaryzacji elektroniczna, Zamówienia wewnętrzne, System elektronicznego obiegu dokumentów z modułem kancelaryjnym), 4.3. Oprogramowanie medyczne (składające się z modułów: Przychodnia, Szpital, Pracownia, Apteka, Apteczki oddziałowe, Zlecenia leków na pacjenta, Zlecenia, Rozliczenia z NFZ, HL7, Recepty, Moduł umożliwiający integrację ze stroną internetową E-PACJENT, Moduł umożliwiający integrację ze stroną internetową E-REJESTRACJA, Moduł umożliwiający integrację ze stroną internetową E-WYNIKI, Oprogramowanie dla infokiosku, Raporty, Zakażenia szpitalne, Dokumentacja medyczna, Żywnienie, Elektroniczny Rekord Pacjenta). Samo wdrożenie ma obejmować następujące zasadnicze etapy: po pierwsze – konfigurację i dopasowanie do wymogów i struktury organizacyjnej Zamawiającego, po drugie – asystę uruchomieniową, po trzecie – migrację danych z istniejących systemów informatycznych u Zamawiającego (systemu szpitalnego KS-PPS, systemu laboratoryjnego LAB3000, systemu kadrowo-płacowego firmy HEX,

systemów finansowo-księgowych RaksDos Asystent), po czwarte – asystę powdrożeniową.

Biorąc pod uwagę powyższy cel i zakres zamówienia Izba rozważyła przedstawioną przez Zamawiającego argumentację, która miałaby dowodzić proporcjonalności wymagań wprowadzonych do s.i.w.z. W samej treści opisu sposobu oceny warunku obowiązek wykazania zrealizowania w przeszłości wdrożenia oferowanego systemu – uzasadniono różnorodnością występujących na rynku rozwiązań. Wyjaśnienie co należy przez to rozumieć zawiera odpowiedź na odwołanie – zdaniem Zamawiającego wykonawca, który wdrożył system informatyczny klasy HIS-ERP oparty na oprogramowaniu jednego producenta, nie może gwarantować należytego wdrożenia takiego systemu opartego na oprogramowaniu innego producenta, gdyż są one odmiennie zaprojektowane, posiadają inną architekturę i budowę, pracują w oparciu o różne, często specyficzne środowiska i komponenty, a także mają bardzo zróżnicowane cechy i sposób realizacji swoich funkcji. Zamawiający wyraził ten komunikat w znacznie bardziej skomplikowany sposób, jednak w ocenie Izby stanowi to wyłącznie zabieg perswazyjny, a nie merytoryczne pogłębienie argumentacji. Kolejnym zabiegiem perswazyjnym jest powoływanie się przez Zamawiającego na nowo wprowadzoną do ustawy regulację art. 22 ust. 5 zd. 2. pzp. O ile bowiem pierwsze zdanie art. 22 ust. 5 pzp potwierdza tylko dorobek doktryny i orzecznictwa, które od dawna wskazywały na taką rolę warunków udziału w postępowaniu, o tyle zdanie drugie wprowadza zupełnie nową regulację, której stosowalność nie została jeszcze potwierdzona w praktyce. Nic nie zmienia w tym zakresie postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, który jak dotychczas, wbrew temu co zdaje się sugerować w odpowiedzi na odwołanie, nie wprowadził do opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału żadnych dodatkowych kryteriów oceny predyspozycji wykonawców do realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym odnoszących się do ich rzetelności, kwalifikacji, efektywności czy doświadczenia. Wręcz przeciwnie – w pierwszym zdaniu ust. 8 rozdziału III s.i.w.z. Zamawiający wprost podał, że oceni spełnienie warunków udziału wykonawców w postępowaniu na podstawie dokumentów i oświadczeń wskazanych w rozdziale IV pkt 1 oraz pkt 2, załączonych do oferty, metodą *spełnia–nie spełnia*. Ponadto w lit. a ust. 1 rozdziału IV s.i.w.z. Zamawiający zażądał wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw wraz z wdrożeniem w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w rozdziale III pkt 2, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy/usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający nie zażądał wskazania w wykazie głównych dostaw lub usług informacji o dostawach lub usługach niewykonanych lub nienależycie wykonanych, w celu zweryfikowania rzetelności,

kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy, czyli nie skorzystał z uprawnień, które – w celu realizacji art. 22 ust. 5 zd. 2 pzp – przewidziano w ust. 4 § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zażądać może zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

Zamawiający i Przystępujący wskazywali ponadto zgodnie, że o tyle nie ma wywodzonej w odwołaniu tożsamości przedmiotu zamówienia i przedmiotu warunku udziału, o ile dla wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia wystarczające jest wdrożenie w przeszłości oferowanego systemu HIS-ERP w zakresie zasadniczych modułów. Rzeczywiście w treści opisu warunku – spośród kilkunastu modułów wyszczególnionych w opisie przedmiotu zamówienia – wymagane jest doświadczenie we wdrożeniu zaledwie kilku modułów HIS: rozliczenia z płatnikami, zlecenia medyczne, ruch chorych i RIS (albo zamiast dwóch ostatnich – LIS), a nie wyszczególnia się żadnych modułów ERP (co nasuwa pytanie, z ilu elementów musi się składać całość zasługująca na miano systemu ERP), w pozostałym zakresie odpowiednią skalę wdrożenia ma gwarantować wymagany próg wartościowy. Wbrew intencjom Zamawiającego może to jednak prowadzić do eliminacji wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Dowodzi tego przykład Odwołującego, który – jak oświadczył na rozprawie, a co nie zostało zaprzeczone przez stronę przeciwną – posiada doświadczenie we wdrażaniu systemów klasy HIS-ERP, jednakże o ile dotychczas polegało to na wdrożeniu produkowanego przez siebie systemu HIS, który był integrowany z systemem ERP innego producenta, o tyle obecnie jest producentem obu części systemu, którego wdrożenie chciałby zaoferować. Tymczasem spełniając wymagania, aby oferowane wdrożenie w części medycznej i administracyjnej zostało zrealizowane w oparciu o system jednego producenta, nie jest jednocześnie w stanie spełnić warunku udziału w postępowaniu wymagającego uprzednich wdrożeń systemu HIS-ERP jednego producenta. Należy przy tym zauważyć, że wymagania oparcia wdrożenia na oprogramowaniu jednego producenta ma być jedynie instrumentem zapewniającym uzyskanie systemu zintegrowanego w możliwie jak największym stopniu, a nie sposobem na ograniczenie konkurencji pomiędzy wykonawcami oferującymi takie kompleksowe rozwiązania informatyczne. Tymczasem Zamawiający ograniczył konkurencję do wykonawców, którzy od co najmniej dwóch lat przed terminem składania ofert (po doprecyzowaniu s.i.w.z. 14 maja 2013 r.) oferują wdrażanie systemu klasy HIS-ERP jednego producenta, co przekreśla możliwość wykazania wdrożeń przypadających do trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający nie podał przy tym przekonującego uzasadnienia, które przemawiałoby za dopuszczeniem wyłącznie systemów klasy HIS-ERP,

które są rozwijane jako zintegrowana całość od co najmniej dwóch lat (doprecyzowanie, że może tu chodzić o wcześniejsze wersje jest zmianą czysto kosmetyczną). W szczególności podany w odpowiedzi na odwołanie przykład wprowadzenia oprogramowania na tydzień przed składaniem ofert dalece odbiega od wymaganego dwuletniego okresu, a tym samym nie może być uzasadnieniem jego wprowadzenia. Również termin realizacji przedmiotowego zamówienia nie tłumaczy długości żądanego przez Zamawiającego okresu dostępności w obrocie oprogramowania, które ma być wdrożone. Złożone na rozprawie przez Przystępującego oświadczenie spółki Esaprojekt oraz wydruki ze stron internetowych innych producentów wskazują co najwyżej na to, że istnieją na rynku produkty zgodne z tym wymaganiem, a nie stanowią uzasadnienia dla jego wprowadzenia. Przede wszystkim wymóg taki w zupełnie nieuzasadniony sposób eliminuje wykonawców takich jak Odwołujący, którzy od niedawna oferują wdrożenie jednorodnego systemu klasy HIS-ERP, tym niemniej wdrażali wcześniej system HIS wraz z systemem ERP innego producenta. Z przywołanych powyżej postanowień opisu przedmiotu zamówienia i przedmiotu umowy wynika, że część medyczna systemu ma charakter dominujący. Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiającemu chodzi o to, aby część administracyjna systemu była wykonana w takiej samej architekturze oraz pracowała oparciu o te same środowiska i komponenty, co część administracyjna systemu. Brak zatem podstaw do eliminowania krócej niż dwa lata funkcjonującego na rynku oprogramowania HIS-ERP, pochodzącego od producentów, którzy w tym czasie dołączyli do grona producentów oferujących zintegrowane rozwiązania, wcześniej oferując systemy HIS. Jednocześnie nie sposób stwierdzić, że wykonawca oferujący aktualnie zintegrowany system HIS-ERP, którego część medyczną w przeszłości wdrażał i integrował z częścią administracyjną innego producenta lub producentów, nie posiada wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wdrożenia zintegrowanego rozwiązania. Wydaje się wręcz, że skoro wykonawca był w stanie należycie zintegrować i wdrożyć system oparty na różnym oprogramowaniu, to posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie architektury, środowisk i komponentów właściwych dla każdego z nich.

W ocenie Izby Zamawiający musi mieć na uwadze, że wyszczególnione w art. 22 ust. 4 pzp kryteria wskazują na bezpośrednie powiązanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia, a nie z przedmiotem oferty. W konsekwencji ocena wiedzy i doświadczenia wykonawcy powinna być odniesiona do opisu przedmiotu zamówienia dokonanej przez zamawiającego, a nie do treści oferty, która zostanie złożona przez wykonawcę. Z kolei ocena, czy treść oferty odpowiada treści opisu przedmiotu zamówienia następuje nie w toku badania spełniania przez wykonawcę podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, lecz na kolejnym etapie postępowania.

Nie oznacza to, że czynności te nie mogą być prowadzone jednocześnie, istotne jest jednak ich odróżnianie, gdyż podlegają one odrębnym regulacjom i zasadom. O ile jak najbardziej może okazać się, że wykonawca zdolny podmiotowo do wykonania zamówienia złoży ofertę niezgodną z treścią s.i.w.z., czy też potencjalnie możliwe jest, że treść oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, będzie odpowiadała treści s.i.w.z. – o tyle nie powinno być miejsca na zaistnienie sytuacji, że wykonawca zostaje uznany za zdolnego do wykonania zamówienia na podstawie doświadczenia w realizacji przedmiotu oferty, której treść okaże się niezgodna z treścią s.i.w.z. Tymczasem dokonany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia zaburza podział pomiędzy oceną podmiotowej zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia a zgodnością oferowanego przez niego produktu ze szczegółowymi parametrami przedmiotu zamówienia. Należy zauważyć, że odniesienie warunków udziału w postępowaniu bezpośrednio do przedmiotu oferty, zamiast do przedmiotu zamówienia, pomimo zgodności, która w rezultacie ma pomiędzy nimi wystąpić, prowadzi do zaostżenia warunków udziału w postępowaniu. Z tego względu wydaje się, że skoro w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się na nieprawidłowość wymagania od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby dysponowali wiedzą i doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia, tym bardziej nieuzasadnione jest zaistnienie takiej relacji warunku z przedmiotem oferty. Niezależnie od zestawionego powyżej węższego zakresu rzeczowego systemu HIS-ERP, którego wdrożenie ma być wykazane na potwierdzenie spełniania warunku od systemu HIS-ERP, który należy zaoferować – tożsamość taka zachodzi w zakresie modułów systemu opisanych w ramach warunku podmiotowego. Na marginesie należy zauważyć, że co najmniej niejasne jest, czy, a jeżeli tak, to w jaki sposób, dopuszczalne odstępstwa od zasady oparcia oferowanego systemu na oprogramowaniu jednego producenta, przekładają się na sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Moduły wymienione w treści opisu sposobu oceny spełniania warunku nie zostały wprost wymienione przy zamieszczonym w opisie przedmiotu zamówienia wyliczeniu, jednak zostało ono określone jako przykładowe, gdyż od zasady jednego producenta dopuszczono odstępstwa w zakresie *modułów specjalistycznych*. O ile trafnie Odwołujący zauważył na rozprawie, że to ostatnie sformułowanie nie jest precyzyjne, o tyle nie zapomniał podnieść to w zarzutach zawartych w odwołaniu. Pozostaje zatem liczyć, że Zamawiający w swoim dobrze pojętym interesie wyjaśni, co zalicza do modułów specjalistycznych. Wracając do nieadekwatności wymagania doświadczenia we wdrożeniach tożsamych z przedmiotem oferty w określonym przez Zamawiającego zakresie rzeczowym – zdaniem Izby wykonawcę dysponującego *know-how*

oraz potwierdzonymi w praktyce umiejętnościami w zakresie wdrożeń systemów klasy HIS-ERP należy uznać za dysponującego wiedzą i doświadczeniem odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Jak się wskazuje w doktrynie i orzecznictwie niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień. Tymczasem rodzaj ten wydaje się określać system informatyczny klasy HIS-ERP, a nie pochodzenie od konkretnego producenta. Choć aktualnie i poprzednio obowiązujące rozporządzenia wykonawcze w sprawie rodzajów dokumentów odeszły od tej terminologii, którą posługiwało się rozporządzenie z dnia 19 maja 2006 roku (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 tego rozporządzenia wykonawcy obowiązani byli do złożenia wykazu dostaw lub usług, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Między innymi na kanwie tego przepisu ugruntowało się stanowisko, że określenie *odpowiadające rodzajem* nie oznacza, że usługi (dostawy) wykazywane na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia muszą swym zakresem pokrywać się czy być tożsame z zakresem przedmiotu zamówienia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO 1379/09) *przepisy prawne nie precyzują, jak w niniejszym przypadku należy rozumieć sformułowanie odpowiadające rodzajem (...). Zawarta w „Małym słowniku języka polskiego” pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1969 definicja określa "rodzaj" jako "coś (ktoś) podobne do czego (kogo). Tym samym przyjęć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.), a nie li tylko dostaw tożsamyh (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia). W ocenie Izby odmienna regulacja aktualnie obowiązującego rozporządzenia miała na celu zapewnienie większej elastyczności zamawiającym, a także zapobiega pozostawieniu przez nich bez doprecyzowania, co należy rozumieć przez dostawy lub usługi odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Nie oznacza to jednak, że aktualnie zamawiający mogą bez uzasadnienia żądać wykazania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia w realizacji zamówień o większym niż rodzajowo zakresie zbieżności z przedmiotem zamówienia.*

{zarzut V}

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że odwołanie nie zawiera uzasadnienia dla żądania podania przez Zamawiającego – oprócz informacji na temat wolumenu i formatu zapisu danych podlegających migracji – sposobu eksportu danych czy też struktury plików, w których zapisywane są dane. Zarzut został uszczegółowiony jedynie w odniesieniu do tych

dwóch pierwszych elementów jako zaniechanie podania informacji niezbędnych dla ustalenia czasu i zasobów kadrowych niezbędnych do przeprowadzenia migracji. Po drugie – sprecyzowane przez Odwołującego na rozprawie zastrzeżenia co do nieostrego charakteru przesłanki: *jeżeli Wykonawca będzie miał uzasadniony problem z migracją danych, to Zamawiający dostarczy dane, które mają być przeniesione w postaci plików w jednym z popularnych formatów zapisu* – stanowi w ocenie Izby nowy zarzut. Ponieważ odwołanie takiego zarzutu nie zawiera (nie sposób uznać za takowy samo podanie strony 212 OPZ, na której powyżej przytoczone zadanie się znajduje) – z mocy art. 192 ust. 7 pzp Izba nie ma podstaw do orzekania w tej materii.

Z kolei z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający zamierza dokonać uzupełnienia s.i.w.z. w zakresie określenia informacji na temat wolumenu danych podlegających migracji oraz formatu plików, w jakich dane te zostaną wykonawcy przekazane. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego należy uznać za przyznanie, że opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie był niewystarczający, a zatem nie spełniał kryteriów określonych w art. 29 ust. 1 pzp. Jednocześnie ponieważ Zamawiający dopiero zadeklarował dokonanie zmiany treści s.i.w.z. w tym zakresie, według stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego naruszenie wskazanego przepisu pzp nie zostało usunięte. Z uwagi na potwierdzenie się innych zarzutów, celowe jest nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany s.i.w.z. również w zakresie, w którym zadeklarował uczynić zadość żądaniom odwołania.

{zarzuty: I. b), II., III. i IV.}

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokonał zmian s.i.w.z. dotyczących postanowień zakwestionowanych w odwołaniu, a Odwołujący po zapoznaniu się z tym stanowiskiem oraz dokonany zmianami s.i.w.z. potwierdził, że są one zgodne z jego oczekiwaniami.

Izba zważyła, że stanowisko Zamawiającego należy ocenić jako uznanie zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów. Jednakże zostały już dokonane zmiany s.i.w.z. zgodne z żądaniami Odwołującego. W konsekwencji stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego jest taki, że zarzucane w odwołaniu Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp nie mają wpływu na wynik postępowania, gdyż zostały usunięte.

{zarzut VI.}

Izba podzieliła stanowisko Przystępującego, że Odwołujący nie wykazał w jaki sposób przewidziana w s.i.w.z. fakultatywna wizja lokalna w siedzibie Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców, skoro każdy z wykonawców może z takiej



możliwości skorzystać na takich samych zasadach. Z odwołania wprost wynika, że Odwołujący przewiduje dopiero możliwość wystąpienia w przyszłości naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, jeżeli tylko niektórzy z nich otrzymają informacje istotne dla sporządzenia oferty. Z tego względu zarzut zawarty w odwołaniu należy uznać za niezasadny, gdyż co najmniej przedwczesny. Z kolei podniesienie przez Odwołującego na rozprawie to, że w innym miejscu s.i.w.z. Zamawiający zaleca wykonawcom wizję lokalną celem ustalenia stanu infrastruktury sieciowej – w ocenie Izby stanowi zupełnie nowy zarzut, który nie podlega rozpatrzeniu przez Izbę.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 w zw. art. 7 ust. 1, a także art. 29 ust. 2 ustawy pzp, i – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....