

Sygn. akt: KIO 2527/13

POSTANOWIENIE
z dnia 12 listopada 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

wobec cofnięcia w dniu 12 listopada 2013 roku po rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron ale przed otwarciem rozprawy wyznaczonej na dzień 12 listopada 2013 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 29 października 2013 roku przez **wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Szpital Specjalistyczny im. J.K. Łukowicza w Chojnicach**

przy udziale wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907), na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Słupsku.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i wdrożenie Infrastruktury Klucz Publicznego (PKI) ze Zintegrowanym Systemem Informatycznym (ZSI) oraz Zintegrowanego Systemu Obsługi Pacjentów (ZSOP). Szkolenia z zakresu obsługi PKI” prowadzi Zamawiający - Szpital Specjalistyczny im. J. K. Łukowicza w Chojnicach. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano pod nr 2013/S 204-352891 w dniu 19 października 2013 roku. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 roku, poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zmianami).

W dniu 29 października 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1, a także art. 182 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej „Odwołującym”). Odwołanie podpisane zostało podpisane przez pełnomocnika, dla którego załączono stosowane pełnomocnictwo, które podpisały osoby ujawnione w złożonym odpisie KRS, zgodnie ze sposobem reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1) art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 353¹ kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

a) określenie w opisie przedmiotu zamówienia obowiązku przekazania kompletnych kodów źródłowych do oprogramowania, co oznacza obowiązek przekazania kodów źródłowych do oprogramowania podmiotów trzecich (producentów systemów operacyjnych, silnika bazy danych, oprogramowania narzędziowego itp.), do którego

wykonawcom nie przysługują majątkowe prawa autorskie, wykonawcy nie mają dostępu do kodów źródłowych tego oprogramowania i nie mogą przekazać Zamawiającemu kodów źródłowych tego oprogramowania;

b) określenie obowiązku udzielenia licencji na jednakowych polach eksploatacji na wszystkie rodzaje oprogramowania składającego się na system ZSI (w tym również oprogramowanie bazodanowe, systemowe i narzędziowe, które jest oprogramowaniem standardowym podmiotów trzecich), co jest dla wykonawców niemożliwe do wykonania ze względu na fakt, iż producenci tego rodzaju oprogramowania udzielają licencji na korzystanie z niego na z góry narzuconych warunkach licencyjnych;

c) określenie obowiązku przekazania kompletnych kodów źródłowych oprogramowania wraz z ich opisem i komentarzem oraz wersją instalacyjną oprogramowania, w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy, co jest jednoznaczne z obowiązkiem posiadania na dzień składania ofert kompletnego systemu ZSI spełniającego wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, co nie jest możliwe ze względu na konieczność dostosowania standardowych funkcjonalności gotowego oprogramowania do specyficznych uwarunkowań Zamawiającego, a także jest nieuzasadnione w kontekście określenia daty wykonania zamówienia na dzień 31 lipca 2014 r.;

d) określenie niejednoznacznych wymagań w zakresie wskazania przez wykonawców oferowanych terminów realizacji poszczególnych etapów - wskazanie, że dostawa licencji do ZSI ma nastąpić w etapie I, a dostawa kodów źródłowych nastąpić ma w etapie III, podczas gdy zgodnie z postanowieniami umowy dostawa kodów źródłowych nastąpić ma w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy;

e) określenie przez Zamawiającego, że modyfikacja kodów źródłowych dokonana przez Zamawiającego nie powoduje utraty gwarancji, co jest jednoznaczne z obowiązkiem naprawiania przez Wykonawcę błędów oprogramowania spowodowanych przez Zamawiającego, i stoi w sprzeczności z istotą gwarancji oraz tymi postanowieniami SIWZ, które zobowiązują Zamawiającego do autoryzowania propozycji modyfikacji oprogramowania i określają zasady dokonywania modyfikacji oprogramowania przez Wykonawcę przez okres 60 miesięcy od dnia odbioru końcowego systemu ZSI;

f) brak określenia przez Zamawiającego pól eksploatacji, na jakich ma zostać udzielona licencja na korzystanie z systemu ZSOP;

2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) poprzez wymaganie posiadania przez oferowany system funkcjonalności pokrywających wszystkie funkcjonalności zamawianego systemu ZSI już na etapie składania ofert, w związku

z wymaganiem załączenia do próbki oferowanego systemu, potwierdzającej posiadanie przez oferowany system wszystkich wymaganych funkcjonalności systemu ZSI na dzień składania ofert;

3) art. 22 ust. 5 zd. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób wykraczający ponad cel zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a także w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z ograniczeniem liczby wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia tylko do wykonawców posiadających doświadczenie w wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat bardzo specyficznego wdrożenia, którego wykonanie w ramach jednego zamówienia nie jest warunkiem uzyskania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia;

oraz określenie tego warunku w sposób niespójny w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Biorąc pod uwagę wskazane zarzuty, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

a) określenia, że obowiązek przekazania kodów źródłowych nie dotyczy oprogramowania bazodanowego, systemowego i narzędziowego;

b) określenia, że pola eksploatacji wskazane w § 12 ust. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ (wzór umowy), dotyczą wyłącznie oprogramowania aplikacyjnego, nie dotyczą zaś oprogramowania bazodanowego, systemowego i narzędziowego, które licencjonowane jest na standardowych warunkach producenta;

c) określenia, że obowiązek przekazania kodów źródłowych i wersji instalacyjnej oraz udzielenia licencji powstanie w chwili przekazania systemu ZSI do odbioru;

d) wykreślenia ustępu 11 z § 7, to jest postanowienia, zgodnie z którym „Modyfikacja kodów źródłowych dokonana przez Zamawiającego nie powoduje utraty gwarancji”;

e) określenia pól eksploatacji, na jakich ma być udzielona licencja na korzystanie z systemu ZSOP;

f) rezygnacji z wymagania załączenia do oferty próbki z testowym oprogramowaniem systemu ZSI, ewentualnie określenia wyłącznie przykładowych funkcjonalności systemu ZSI, które mają stanowić próbkę i które będą podlegać testowaniu w ramach oceny ofert;

2) w zakresie warunków udziału w postępowaniu - określenia w Rozdziale X, pkt. 1 lit. b) SIWZ oraz w pkt. oraz pkt. III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu że „Za spełniających warunek posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający uzna Wykonawców, którzy w okresie

ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali:

a) co najmniej jedno wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego obejmującego ewidencję i rozliczanie świadczeń oraz prowadzenie dokumentacji lekarskiej i pielęgniarskiej, oraz

b) co najmniej jedno wdrożenie systemu informatycznego obejmującego tworzenie i podpisywanie dokumentów elektronicznych,

przedstawiając dowody potwierdzające należyte wykonanie wdrożenia, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby wskazane usługi zrealizowane były w ramach jednego wdrożenia"

albo:

określenia w pkt. III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu że „Za spełniających ten warunek Zamawiający uzna Wykonawców, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jedno wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego obejmującego ewidencję i rozliczanie świadczeń, tworzenie dokumentów elektronicznych oraz prowadzenie dokumentacji lekarskiej i pielęgniarskiej, przedstawiając dowody potwierdzające należyte wykonanie wdrożenia”.

Ustalono, iż w terminie trzech dni od przekazania przez Zamawiającego informacji o wniesieniu odwołania, po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Przystąpienie jest skuteczne. Strony postępowania otrzymały kopię złożonego przystąpienia, a wykonawca uzasadnił swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłosił przystąpienie.

Odwołujący się wykonawca w dniu 12 listopada 2013 roku po otwarciu posiedzenia z udziałem stron ale przed otwarciem rozprawy wyznaczonej na 12 listopada 2013 roku złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Izba nie zasądziła kosztów wynagrodzenia na podstawie złożonego zestawienia kosztów, w tym kosztów za zastępstwo na podstawie złożonej przez Pełnomocnika Zamawiającego kopii faktury VAT oraz kosztów dojazdu na posiedzenie przed Izbą ze

względu na uregulowania § 5 ust. 3 pkt b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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), gdzie stwierdzono, iż tylko w przypadku cofnięcia odwołania po otwarciu rozprawy Izba zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 rozporządzenia, od odwołującego na rzecz Zamawiającego. W rozpatrywanym przypadku cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, na posiedzeniu z udziałem stron. Powyższe oznacza, iż stosownie do art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 3a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia, skład orzekający Izby postanowił jedynie o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczanego wpisu, tj. kwoty 13 500,00 zł.

Przewodniczący: