

WYROK

z dnia 7 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozP. na rozprawie w dniu 30 października i 7 listopada 2017 r. w W., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2017r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **A.M. Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, ul. Marii Skłodowskiej – Curie 24A, 15-276 Białystok**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **C.G.M.P. Sp. z o.o., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez uszczegółowienie i precyzyjny opis techniczny posiadanego przez Zamawiającego systemu HIS w zakresie modułów apteka, apteczka oddziałowa, modułu zleceń lekarskich oraz modułu pielęgniarstwa w zakresie podawania leków, a także poprzez wskazanie sposobu komunikacji między modułami oraz wskazanie architektury systemu. Równocześnie nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie powyższych zmian we wszystkich postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do których powyższe uszczegółowienie należy stosować odpowiednio.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia pod nazwą „*Dostawa, instalacja i wdrożenie systemu automatycznej dystrybucji leków wraz z adaptacją pomieszczeń Apteki USK w Białymstoku*”.

W dniu 16 października 2017 r. A.M. sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej: „Odwołujący”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieprecyzyjny i niezgodny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „ustawa”, lub „Pzp”) w zakresie ustanowienia wymogu integracji systemu unit - dose z posiadanym przez Zamawiającego systemem informatycznym (systemem HIS), przy jednoczesnym braku możliwości dostarczenia innego systemu informatycznego oraz braku zamieszczenia specyfikacji technicznej oraz Informacji o statusie prawno- autorskim systemu HIS.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, tj. poprzez narzucenie na nich obowiązku integracji systemu unit-dose z posiadanym przez Zamawiającego systemem informatycznym, bez jednoczesnego umożliwienia wykonawcy dostarczenia innego systemu informatycznego HIS, a także poprzez brak wskazania, że Zamawiający dysponuje pełnymi prawami autorskimi do posiadanego systemu informatycznego i że udostępni wykonawcom kod źródłowy w celu dokonania integracji, oraz bez podania szczegółowego opisu technicznego posiadanego systemu, który umożliwiłby jego integrację,

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ poprzez:

a) wskazanie, że wykonawca zobligowany jest zintegrować system unit-dose z posiadanym przez Zamawiającego systemem informatycznym lub dostarczyć inny system informatyczny HIS zintegrowany z systemem unit-dose,

b) wskazanie szczegółowych funkcjonalności systemu HIS dostarczanego przez wykonawcę (w ramach wymiany tego systemu),

c) wskazanie, że Zamawiający dysponuje prawami autorskimi do posiadanego systemu Informatycznego w zakresie niezbędnym do dokonania jego modyfikacji w ten sposób, że możliwa jest jego integracja, oraz że udostępni wykonawcom kod źródłowy w celu dokonania integracji, a także poprzez uzupełnienie SIWZ o opis specyfikacji technicznej systemu HIS ze szczegółowym opisem tego systemu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nakazał w postępowaniu dostarczenie systemu unit-dose z jednoczesnym zintegrowaniem go z funkcjonującym u Zamawiającego systemem HIS. Zamawiający nie zapewnił jednocześnie możliwości dostarczenia mu innego systemu HIS (w cenie zamówienia). Tym samym, ograniczył on konkurencyjność postępowania, w postępowaniu preferowany jest bowiem dostawca obecnego systemu HIS.

Odwołujący wskazał, że norma art. 7 ust 1 Pzp nakazuje zamawiającym zachowanie zasad uczciwej konkurencji, przejawiających się w dawaniu wykonawcom równych szans. Istnieje więc zakaz takiego opisywania przedmiotu zamówienia które de facto determinuje wybór określonego wykonawcy lub podmiotów przez niego wskazanych. Co prawda Zamawiający w żadnym miejscu nie stawia wymogu, by dostarczany system unit-dose pochodził od konkretnego producenta. Jednakże wymóg jego integracji z systemem HIS (bez możliwości wymiany systemu HIS) w praktyce wymusza, by rozwiązania te pochodziły od jednego producenta.

Odwołujący wskazał, że z jego szacunków wynika, że wartość systemu HIS (2 mln zł) do wartości dostarczanego przedmiotu zamówienia (ok. 12 mln zł) wynosi ok 1 - 6. Oznacza to, że posiadane obecnie przez Zamawiającego oprogramowanie, o nieznaczej (w stosunku do wartości Zamówienia) wartości, wyznacza krąg wykonawców, mogących ubiegać się o Zamówienie.

Odwołujący podkreślił, że nie wie nawet, czy możliwe będzie dokonanie przez niego integracji, bowiem Zamawiający nie zamieścił w SIWZ informacji, czy dysponuje prawami autorskimi do systemu HIS, ani czy udostępni wykonawcom kod źródłowy. Możliwa jest więc sytuacja, kiedy wykonawca złoży ofertę i zostanie wybrany, a następnie okaże się, że wykonanie takiej integracji w ogóle nie jest możliwe, bowiem Zamawiający nie może udostępnić Odwołującemu kodu

źródłowego. Powyższe skutkować może odpowiedzialnością Odwołującego jako wykonawcy za niewykonanie zamówienia. Byłaby to sytuacja skrajna, wskazująca na jawne złamanie dyspozycji art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Zamówienie byłoby bowiem od początku niemożliwe do wykonania przez wykonawców innych niż dostawca systemu HIS. Gdyby dopuszczono „rozwiązanie równoważne” - możliwość dostarczenia innego systemu HIS - ryzyko takie przestałoby istnieć.

Odwołujący wyjaśnił, że system HIS jest systemem dość standardowym, będącym w ofercie każdego wykonawcy działającego w branży informatycznej w sektorze medycznym. Systemy HIS poszczególnych producentów nie różnią się od siebie w sposób znaczący. Oczywistym jest też, że dużo łatwiejsze jest „nadbudowanie” systemu unit-dose na znanym przez siebie systemie HIS, niż na systemie innego producenta, z którym wykonawca nie współpracuje. Oznacza to, że paradoksalnie bardziej opłacalne mogłoby być dla wykonawców dostarczenie dwóch systemów (systemu obecnie zamawianego oraz systemu HIS), niż zintegrowanie systemu zamawianego z funkcjonującym u Zamawiającego systemem HIS. Oczywiście w tej sytuacji, dostarczenie systemu HIS zawierałoby się w cenie ofertowej, tj. Zamawiający nie musiałby ponosić dodatkowych kosztów z tego tytułu. Rozwiązanie to ma jeszcze taką zaletę, że nie pojawia się tu problem dysponowania przez Zamawiającego prawami autorskimi do modyfikacji posiadanego systemu HIS, bowiem prawa autorskie do obu systemów przysługiwałyby w tej sytuacji wykonawcy realizującemu Zamówienie. Co więcej, w tej sytuacji nie istniałoby ryzyko wpływu dostawcy obecnie funkcjonującego systemu HIS na wynik postępowania. Takie rozwiązanie - tj. sformułowanie alternatywy dla wykonawców, w sposób znaczący poszerzyłoby krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Część wykonawców mogłaby bowiem decydować się wyłącznie na dostarczenie unit-dose i dokonanie wymaganej integracji, a część mogłaby zdecydować się dostarczać oba systemy i dokonać integracji między nimi.

Dla Zamawiającego kwestia ta nie powinna stanowić różnicy, a zmiana systemu HIS nie powinna być odczuwalna, bowiem tak jak wyżej wskazano, systemy te są do siebie dosyć podobne. Nie ma więc znaczącej różnicy w działaniu tych systemów, niezależnie od tego, kto jest jego producentem. Co istotne, rozwiązanie takie mogłoby się okazać dla Zamawiającego tańsze. W takiej sytuacji, dostawca

obecnego systemu HIS nie mógłby narzucić cen ofertowych, a wykonawcy konkurowałiby ze sobą w sposób rzeczywisty, Byłoby to więc korzystne dla budżetu Skarbu Państwa. Jednocześnie, Zamawiający dopuszczając możliwość dostarczenia systemu HIS innego producenta, powinien określić, jakie funkcjonalności dostarczany system HIS powinien posiadać.

Następnie Odwołujący zauważył, że przedmiotem zamówienia jest system automatycznej dystrybucji leków (system unit-dose) wraz z adaptacją pomieszczeń Apteki UKS w Białymstoku. Podstawowym składnikiem wpływającym na wartość zamówienia jest sam system unit-dose. Jednakże Zamawiający wprowadził wymóg, zgodnie z którym wykonawca systemu unit-dose zobowiązany jest zintegrować ten system z posiadanym przez Zamawiającego systemem informatycznym HIS. Jednocześnie jednak Zamawiający w żadnym miejscu nie przedstawił specyfikacji technicznej posiadanego przez siebie systemu HIS. Zamawiający nie zamieścił nawet informacji, czy dysponuje prawami autorskimi do systemu HIS, lub kodem źródłowym do niego. Dane te są niezbędne do prawidłowego oszacowania ceny ofertowej i weryfikacji, czy wykonawca jest w stanie wykonać Zamówienie.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający powinien precyzyjnie opisać system HIS, tj. w szczególności zamieścić w SIWZ szczegółowy opis:

- modułu apteka,
- modułu apteczka oddziałowa,
- modułu zleceń lekarskich,
- modułu pielęgniarki w zakresie podawania leków,
- wskazanie sposobu komunikacji między modułami
- wskazanie architektury systemu.

Bez tych informacji, Odwołujący nie ma wiedzy, czy integracja taka jest technicznie możliwa, a także jakie dokładnie czynności powinien podjąć celem integracji tego systemu, ile roboczogodzin powinien na to przeznaczyć, ani jakie wymagania systemowe są konieczne do dokonania takiej integracji. Powyższe stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Następuje w tym miejscu ewidentne uprzywilejowanie dostawcy systemu HIS, który jest w stanie dokładnie oszacować wartość tych prac i precyzyjnie określić cenę ofertową. Zna on bowiem specyfikę tego systemu, wie też, jakiego nakładu pracy wymaga integracja. Wykonawca ten ma więc uprzywilejowaną sytuację, może bowiem precyzyjnie określić cenę zamówienia, a także wie, czy integracja systemów jest technicznie możliwa i w jakich warunkach.

Może on też niejako manipulować wynikiem postępowania, poprzez zaoferowanie jednemu ze swoich kontrahentów wykonania Integracji w korzystnej ofercie cenowej, przy jednoczesnym zaoferowaniu wyższych stawek innym wykonawcom. Może też nikomu nie udostępnić tych informacji i dzięki temu samemu uzyskać Zamówienie. Sytuacja taka jest niedopuszczalna i sprzeczna z kardynalnymi zasadami zamówień publicznych.

Zgłaszający swój udział do postępowania - C.G.M.P. Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”) w złożonym piśmie procesowym wskazał, iż Zamawiający aktualnie użytkuje system szpitalny CGM CLININET, którego producentem jest Przystępujący. System ten został wdrożony w siedzibie Zamawiającego w ramach realizacji zamówienia publicznego pn. „Dostawa oprogramowania j urządzeń komputerowych”. Wymienione wyżej zamówienie zostało udzielone w dniu 15 lipca 2014 r. Jak wynika z informacji opublikowanych przez Zamawiającego:

- a) szacowana wartość zamówienia wynosiła 2.665,140 zł netto
- b) wartość zawartej umowy wynosiła 2.543.363 zł netto + VAT (cena brutto: 3.098.336,49 zł).

Ponadto w treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia wskazano, iż zamówienie było współfinansowane ze środków europejskich w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2007-2013. Zamówienie zostało zrealizowane w 2015 r. Nie ulega zatem wątpliwości, iż Zamawiający dokonał zakupu użytkowanego systemu HIS stosunkowo niedawno.

W dalszej kolejności Przystępujący wskazał, że postępowanie będące przedmiotem sprawy niniejszej jest kolejnym, które dotyczy wdrożenia systemu dystrybucji leków. Jak bowiem wynika z dostępnych informacji Zamawiający w 2017 r. prowadził już postępowanie dotyczące udzielenia zamówienia o tożsamym zakresie (zamówienie pn. „Dostawa, instalacja i wdrożenie systemu automatycznej dystrybucji leków wraz z adaptacją pomieszczeń Apteki USK w Białymstoku” (nr ref. 17/2017)).

W postępowaniu wskazanym powyżej wpłynęły dwie oferty złożone przez L. S.A. oraz przez konsorcjum tworzone przez Q. Sp. z o.o. w P. i P.T. Sp. z o.o. w Ł.. Jak wynika z informacji przekazanych w czasie otwarcia ofert Zamawiający w postępowaniu tym zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 14.000.000 brutto. Obie złożone oferty mieściły się w założonym budżecie przy czym

oferta L. S.A. opiewała na kwotę 13.985.100,00 zł brutto, a oferta konsorcjum Q. Sp. z o.o. na kwotę 10.600.000 zł brutto. Zamawiający dokonał wyboru oferty L. S.A., wykluczając drugiego wykonawcę z uwagi na niewykazanie przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Do zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą jednak nie doszło z uwagi na trudną sytuację finansową L. S.A. wobec której ogłoszone zostało postępowanie sanacyjne.

W przeprowadzonym poprzednio postępowaniu wymagania dotyczące integracji systemu HIS oraz systemu unit-dose zostały opisane w zasadzie w identyczny sposób, a opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie nie był wówczas przedmiotem odwołań, a w postępowaniu tym wpłynęły dwie oferty.

Przystępujący oświadczył ponadto, iż w poprzednim postępowaniu nie składał oferty, ani też nie rozważał jej złożenia. Jednocześnie każdemu z potencjalnych wykonawców przedstawił identyczną ofertę na wykonanie prac integracyjnych po stronie własnego systemu HIS. Także i w tym postępowaniu Przystępujący nie rozważa złożenia oferty czy to samodzielnie, czy w ramach konsorcjum. Przystępujący podkreślił, że gotów jest przedstawić identyczne oferty każdemu z potencjalnych wykonawców.

Przystępujący wskazał, że w sprawie istotne znaczenie ma również fakt współfinansowania zakupu systemu HIS ze środków unijnych. Z powszechnie obowiązujących przepisów prawa wspólnotowego wynika bowiem obowiązek zachowania 5-letniej trwałości operacji (projektu), co wiąże się z zakazem poddawania jej zasadniczej modyfikacji w rozumieniu art. 57 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Wymieniając system w okresie trwałości projektu (tj. w okresie 5 lat od zakończenia jego realizacji) Zamawiający ryzykuje więc zwrot całości lub części otrzymanego dofinansowania. Dopuszczenie wymiany systemu HIS w realiach niniejszego postępowania miałyby też dalsze skutki. Zdaniem Przystępującego żądanie dopuszczenia wymiany systemu HIS w realiach postępowania niniejszego narażałoby Zamawiającego na zarzut niegospodarności w związku z koniecznością dwukrotnego ponoszenia wydatków na ten sam cel (zakup systemu HIS), a także z uwagi na utratę praw wynikających z gwarancji. Wskazał ponadto, iż zróżnicowanie przedmiotu świadczenia w sposób postulowany przez Odwołującego prowadziłyby do nieporównywalności złożonych ofert, co samo w sobie stałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.

Dalej Przystępujący wskazał, iż w ramach zamówienia z 2014 r. Zamawiający wymagał udzielenia licencji i taka została mu udzielona. Zamawiający nie ma autorskich praw majątkowych do systemu HIS i nie może - co do zasady - samodzielnie go modyfikować, ani ingerować w kod źródłowy. Ponadto podkreślił, że posiadanie autorskich praw majątkowych nie jest jednak konieczne do wykonywania prac integracyjnych, co wynika z obowiązujących przepisów prawa.

Powołując się na art. 74 ust. 4 oraz art. 75 ust. 1-2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2017 r., poz. 880) wskazał, że nie może skutecznie uniemożliwić wykonania integracji z systemem HIS jako, że Zamawiający może zezwolić na wykonanie takiej integracji (a w szczególności na zebranie danych koniecznych do jej wykonania), którego to uprawnienia nie można wyłączyć postanowieniami umowy licencyjnej. Z tych względów uznać należy, że Przystępujący nie uzyskuje przewagi konkurencyjnej w niniejszym postępowaniu (zwłaszcza, że nie planuje składać w nim oferty), a opisywane przez Odwołującego rzekome naruszenia przepisów ustawy mają charakter czysto spekulatywny i stanowią jedynie pretekst dla wymuszenia możliwości zaoferowania własnego systemu HIS.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 listopada 2017 r. wniósł o jego oddalenie.

Zdaniem Zamawiającego argumentacja przedstawiona przez Odwołującego może wskazywać wprost na to, iż chce on wykluczyć dotychczasowego dostawcę HIS, gdyż jest on jego konkurentem na rynku dostawy systemu HIS. Wykazywane przez Odwołującego okoliczności związane są ściśle indywidualnie z jego sytuacją, a tym samym nie mają nic wspólnego z ograniczeniem konkurencji w postępowaniu o dostawę systemu unit - dose. Opis przedmiotu zamówienia był podyktowany w tym wypadku partykularnymi potrzebami Zamawiającego. Przywołane w odwołaniu okoliczności stanowią jedynie efekt konkurencji wykonawców o uzyskanie innego zamówienia - dostawy HIS. Wskazać należy, że sposób rywalizacji, w tej konkretnej sytuacji, wynikającej z pozostawiania przez Zamawiającego w okresie trwałości projektu na dostawę HIS, nie przekracza dozwolonych granic.

Celem postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, instalację i wdrożenie systemu automatycznej dystrybucji leków wraz z adaptacją pomieszczeń Apteki USK Białymstoku oraz integracją powyższego systemu z

systemem informatycznym szpitala (HIS). Żądanie przez Odwołującego zmiany opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że w rzeczywistości dopuszczalne miałyby być również dostarczenie nowego systemu HIS jest sprzeczne z obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Zarzuty i wnioski odwołania prowadzą w sposób nieuzasadniony do narzucenia Zamawiającemu dostarczenia nowego (a właściwie kolejnego) systemu HIS. Wyjaśnił, że aktualnie użytkuje system szpitalny CCM CLININET, który został wdrożony w ramach realizacji zamówienia publicznego finansowanego z udziałem środków unijnych. Finansowanie nastąpiło w 2015 r. i zgodnie z przedstawioną na rozprawie umową o dofinansowanie realizacja niniejszego przedsięwzięcia pozostaje w okresie trwałości.

Powyższe ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, gdyż wskazuje jednoznacznie, że uzupełnienie przedmiotu zamówienia na opcjonalne dostarczenie nowego systemu HIS nie leży w interesie Zamawiającego. Zgodnie z art. 57 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 Zamawiający w okresie trwałości nie może dokonywać modyfikacji projektu, gdyż ryzykuje zwrot całości lub co najmniej istotnej części dofinansowania. Wymiana HIS nie tylko wiązałaby się z poniesieniem dodatkowych kosztów związanych z samą jego wymianą, w sposób istotny wpłynęłaby na pracę szpitala (wymiana systemu, dodatkowe szkolenia), ale także wiązałaby się z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Zamawiający dopuszczając w ramach zamówienia wymianę HIS (w okresie trwałości projektu) w rzeczywistości wykazałby się niegospodarnością - złożyłby zamówienie drugi raz na system, który już posiada. Naruszenie trwałości projektu jest równoznaczne z naruszeniem art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych i oznacza konieczność zwrotu przez beneficjenta środków otrzymanych na realizację projektu, wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych, proporcjonalnie do okresu niezachowania trwałości w trybie określonym w ww. ustawie. Każdy przypadek ewentualnego naruszenia trwałości projektu będzie oceniany indywidualnie, jednakże ryzyko ponownego złożenia zamówienia na ten sam cel jest bardzo duże.

Co więcej dopuszczenie wymiany systemu HIS w realiach niniejszego postępowania doprowadziłaby do sytuacji, w której część wykonawców proponowałaby oferty z wymianą systemu, a część z możliwością przeprowadzenia integracji. Powyższe oferty byłyby nieporównywalne.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie i argumentował, że zasada uczciwej konkurencji wynikająca z przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oznacza, że przygotowanie jak i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, szczególnie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, nie może polegać na żądaniu integracji systemów przy niepodaniu kodu źródłowego funkcjonującego u Zamawiającego systemu HIS, a tym samym zdaniem Odwołującego koniecznym jest wprowadzenie możliwości dostarczenia nowego systemu HIS. Jednakże zdaniem Zamawiającego zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez Zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza to, że Zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla Zamawiającego istotne znaczenie.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący mógł dostarczyć system unit -dose i dokonać jego integracji z funkcjonującym w szpitalu HIS, w sposób spełniający kwestionowane wymogi Zamawiającego - czemu nie zaprzeczył Odwołujący w trakcie rozprawy. Zatem już w oparciu o powyższe można było stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego nie prowadził do wyłączenia ani nawet znaczącego ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący nie uzyskuje przewagi konkurencyjnej w niniejszym postępowaniu, gdyż nie jest dostawcą systemu unit-dose.

Zamawiający wskazał, iż ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, ponieważ „ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes”. Jednocześnie wyjaśnił, że nie może podać informacji których nie posiada (jak kod źródłowy oprogramowania), lub które nie są niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że specyfikację istotnych warunków zamówienia należy czytać i interpretować wraz z wszystkimi załączonymi do niej załącznikami, gdyż biorąc pod uwagę niezbędną przejrzystość opisu przedmiotu zamówienia nie

jest pożądane z redakcyjnego punktu widzenia, aby w każdym miejscu SIWZ w sposób szczegółowy opisywać każdy element nań się składający. SIWZ należy czytać łącznie wraz z treścią jego załączników. Natomiast w przedmiotowej sprawie Odwołujący domagał się uzupełnienia SIWZ zupełnie pomijając fakt, że z załącznika tj. z Programu funkcjonalno-użytkowego wynikały szczegółowe informacje dotyczące integracji systemu unit - dose z systemem HIS. Integracja w tym przypadku jest procesem wystandardyzowanym. Podkreślenia wymaga, że żaden z wykonawców oprócz Odwołującego nie uznaje braku udostępnienia kodu źródłowego systemu HIS ani jego bardziej szczegółowego opisu na obecnym etapie za przeszkodę uniemożliwiającą wycenę usługi integracji.

Powyższe wynika z tego, że kod źródłowy nie jest niezbędny do dokonania integracji, a Zamawiający w sposób jednoznaczny określił sposób komunikacji pomiędzy posiadany systemem szpitalnym HIS, a przewidywanym modułem zlecenia leków unit-dose. Jest to opisane w sposób czytelny w punkcie 12, podpunktach A, B oraz C programu funkcjonalno-użytkowego, będącego dokumentacją w postępowaniu. Dalej Zamawiający przedstawił opis i podstawowe informacje o HL7.

Wyjaśnił, że protokół HL7 jest używany z definicji do integracji różnych systemów szpitalnych w celokomunikacji w warstwie aplikacji, nie zaś na poziomie bazy danych. W związku z tym do realizacji zadania integracji na każdym etapie Wykonawcy nie jest niezbędna wiedza na temat zasady funkcjonowania systemu szpitalnego HIS, jego architektury, znajomości kodu źródłowego, komunikacji między modułami ani poznanie szczegółowego ich opisu. Jego zadaniem jest przyjęcie transakcji wystawionych przez Zamawiającego, potwierdzenie ich i odesłanie zwrotnie transakcji z własnego systemu. Sposób komunikacji i integracji został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący we wspomnianym już w tym dokumencie programie funkcjonalno-użytkowym. Mając na uwadze powyższe, nieuzasadniony jest zarzut, że bez bardzo szczegółowych informacji na temat systemu Odwołujący nie wie czy integracja systemu unit- dose z HIS będzie w ogóle możliwa. Jest to tym bardziej uzasadnione, że wielokrotnie Odwołujący podkreślał, że system HIS, który mógłby udostępnić jest niemal identyczny w funkcjonowaniu z tym, jakim dysponuje Zamawiający. Nie należy również zapominać o tym, że postępowanie to jest adresowane do podmiotów określonej branży - do profesjonalistów w danej dziedzinie.

Z uwagi na powyższe zarzut nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia jest z punktu merytorycznego nieuzasadniony.

Zdaniem Zamawiającego zarzut nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności z uwagi na wnioski odwołania (w tym poprzez żądanie podania kodu źródłowego i szczegółowego opisu technicznego systemu HIS) nie ma na celu udzielenia zamówienia -dostawę unit -dose, lecz zmierza do wymiany systemu HIS.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie wskazał precyzyjnie na czym ma polegać zmiana treści SIWZ, nie wskazał jaka treść winna być do SIWZ wprowadzona. Dopiero na etapie rozprawy usiłował doprecyzować o co wnosi. W tym zakresie stwierdzić należy, że w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ czy też treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem sformułowanych żądań co do jego nowej treści - proponowanego w odwołaniu. Sformułowana przez Odwołującego nowa, proponowana treść postanowienia SIWZ, która ma zmienić treść dotychczasową, powinna być zarzutem odwołania. Odwołujący w niniejszym postępowaniu, już w odwołaniu powinien wskazać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, która zdaniem Odwołującego narusza przepisy ustawy Pzp i zaproponować odmienne rozwiązanie. Odwołujący nie czyni tego w sposób, który mógłby zostać uwzględniony bez dodatkowej interpretacji ze strony Zamawiającego.

Ponadto formułowanie dopiero na rozprawie wnioskowanej zmiany treści SIWZ lub dokonywanie tego poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, narusza prawo Zamawiającego, jako strony, do dokonania analizy zasadności podniesionego zarzutu i oświadczenia się co ewentualnego jego uwzględnienia przed rozprawą, bądź przygotowania odpowiedniej linii obrony przed zarzutami Odwołującego.

W piśmie procesowym z dnia 3 listopada 2017 r. Przystępujący podtrzymał wcześniej prezentowane stanowisko.

Odwołujący w złożonym piśmie procesowym z dnia 3 listopada 2017 r., w uzupełnieniu wniosku złożonego w toku rozprawy sprecyzował wniosek dowodowy

złożony w toku rozprawy o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność:

ustalenia czy opis posiadanego przez zamawiającego systemu HIS zawarty w SIWZ dla postępowania pn. Dostawa, instalacja i wdrożenie systemu automatycznej dystrybucji leków wraz adaptacją pomieszczeń Apteki USK w Białymstoku (w tym w pkt 2.3 ppkt. 12) programu funkcjonalno - użytkowego; dalej „pfu”) jest wystarczający dla zintegrowania systemu unit-dose (dalej „System UD”) z Systemem HIS, tj. w szczególności, czy w SIWZ powinien być zawarty i w jakim zakresie szczegółowy opis modułów: apteka, apteczka oddziałowa, zlecenia lekarskiej, pielęgniarki w zakresie podawania leków, ze szczególnym uwzględnieniem:

- 1. informacji dotyczących szczegółowego sposobu komunikacji między poszczególnymi modułami systemu HIS oraz tymi modułami, a Systemem UD, w tym wszystkich stosowanych protokołów komunikacji wraz z wersjami tych protokołów,*
- 2. typu stosowanych komunikatów w komunikacji pomiędzy poszczególnymi modułami oraz tymi modułami a Systemem HIS,*
- 3. sposobów udostępniania funkcjonalności przez system HIS,*
- 4. opisu interfejsów,*
- 5. sposobu wywoływania usług,*
- 6. sposobu separacji warstwy integracyjnej od usług,*
- 7. opisu architektury (modelu) systemu i jej orientacji.*

Ponadto odnosząc się do podnoszonej przez Zamawiającego i Przystępującego niemożliwości wymiany systemu HIS, z uwagi na jego uzyskanie współfinansowane ze środków unijnych wskazał, że Zamawiający poza powołaniem się na zasadę trwałości nie wykazał dlaczego akurat w tej sytuacji miałby ona być naruszona. Wyjaśnił, że artykuł 57 statuuje konkretne przypadki, w których dochodzi do utraty dofinansowania. Warunki te muszą zostać spełnione łącznie. Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazał, które z warunków zostaną złamane przy ewentualnej wymianie systemu HIS.

Odwołujący nie zgodził się także z zarzutem wykroczenia poza zakres odwołania. Jak już wskazywano na rozprawie Odwołujący w odwołaniu wskazał jakie braki zawiera opis Systemu HIS i w zakresie jakich modułów oraz, że dotyczą one m.in. sposobu komunikacji jak i architektury systemu. Ten sposób określenia braków

treści SIWZ jest w pełni wystarczający i właściwy. Co więcej, zarzuty są jednoznacznie sformułowane, a sformułowane żądania nie wiążą KIO.

Zauważył, że Zamawiający i Przystępujący powołali się na pkt 2.3 ppkt 12) PFU, tyle że w tym pkt podano w zasadzie tylko jedną informację o protokole HL7. Jednakże protokół HL7 ma wiele wersji i nie wiadomo o jaką chodzi, a w zależności od wersji inne są sposoby i wymagania dotyczące integracji. Nie ma za to w SIWZ żadnych informacji o architekturze tego systemu.

Odwołujący wskazał, że w złożonym przez Przystępującego przy piśmie z dnia 3 listopada 2017 r. dokumencie pn. „Integracja aplikacji CGM CLININET z systemami zewnętrznymi” znajduje się o wiele więcej informacji (i to zarówno dotyczących architektury systemu, jak i sposobów komunikowania się). SIWZ nie zawiera takich informacji, a byłyby one pomocne (niektóre wręcz niezbędne) dla integracji. Zdaniem Odwołującego nie było wiążących przeszkód, aby taki szerszy opis poczynić w SIWZ. Odwołujący podkreślił, że ten dokument jako, że nie pochodzi od Zamawiającego nie może zastąpić treści SIWZ, albowiem Zamawiający nie podnosi za niego żadnej odpowiedzialności.

Odnosząc się do kwestii kodów źródłowych stwierdził, że szczątkowość informacji w SIWZ nie pozwalała na ustalenie tego, czy kod taki jest konieczny, czy też nie, aby dokonać integracji systemów. Dopiero z informacji Przystępującego wynikało, że takiej potrzeby nie ma (a to ze względu na zastosowaną architekturę systemu, której jednak opisu nie było w SIWZ). Niemniej Przystępujący swym załącznikiem potwierdza, że zarzuty zawarte w odwołaniu są zasadne, albowiem brak tych informacji uniemożliwiał Odwołującemu ustalenie tego. Zresztą nawet przywoływany przez Przystępującego przepis ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (art. 75 ust. 2 pkt 3) wskazuje co do zasady na konieczność ingerencji w kod w przypadku dokonywania integracji (czyli osiągnięcia współdziałania) systemów (tyle, że ustawa ta zezwala na taką ingerencję, co nie zmienia tego, że taki kod co do zasady trzeba posiadać).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaprezentowane stanowiska stron postępowania oraz złożone dowody ustaliła, że:

Odwołanie jest zasadne w części i dlatego zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku Odwołującego o powołanie biegłego ze względu na fakt, iż do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania nie jest potrzebne zasięgnięcie wiadomości specjalnych w postaci dowodu z opinii biegłego. Podniesiony w tym zakresie wniosek dowodowy Izba uznaje za zgłoszony w celu przedłużenia postępowania odwoławczego.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania sprawy wskazać należy, że podniesiony przez Odwołującego zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy sprowadzał się do następujących kwestii:

- a) opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców tj. poprzez narzucenie na nich obowiązku integracji systemu unit-dose z posiadanym przez Zamawiającego systemem informatycznym bez jednoczesnego umożliwienia wykonawcy dostarczenia innego systemu informatycznego HIS, a także poprzez brak wskazania, że Zamawiający dysponuje pełnymi prawami autorskimi do posiadanego systemu informatycznego i że udostępni wykonawcę kod źródłowy w celu dokonania integracji.
- b) braku podania szczegółowego opisu technicznego posiadanego systemu, który umożliwiłby jego integrację.

Izba uznała mając powyższe na uwadze, że tylko zarzut wskazany w pkt b) uzasadnienia zasługiwał na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że celem opisu przedmiotu zamówienia jest umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w warunkach konkurencji. W przedmiotowym postępowaniu potrzebami takimi jest dostawa, instalacja i wdrożenie systemu automatycznej dystrybucji leków wraz z adaptacją pomieszczeń apteki w Uniwersyteckim Szpitalu Klinicznym w Białymstoku. Zamawiający wymagał ponadto, aby dostarczony system unit-dose został zintegrowany z posiadanym już przez niego systemem szpitalnym HIS dostarczonym w 2015 r. przez Przystępującego. Odwołujący w odwołaniu wnosił natomiast m. in. o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez umożliwienie mu dostawy nowego systemu HIS zintegrowanego z systemem unit-dose. Izba stwierdziła, że powyższe żądanie Odwołującego jest nieuprawnione i zbyt daleko posunięte, bowiem Zamawiający ma prawo dowolnie określić swoje potrzeby, a wykonawcy nie mają uprawnienia do narzucania mu konkretnego określenia tych potrzeb. Dlatego też Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego dotyczącego nakazania Zamawiającemu, dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie konieczności zintegrowania systemu unit-dose z posiadanym już przez Zamawiającego systemem informatycznym, ani też poprzez umożliwienie dostarczenia innego systemu informatycznego HIS zintegrowanego z systemem unit-dose.

Zdaniem Izby zasadne było stanowisko Zamawiającego odnośnie możliwości utraty przez niego dofinansowania, co wynikało bezpośrednio z § 18 ust. 3 zawartej przez Zamawiającego umowy (*umowa przedłożona przez Zamawiającego jako dowód na rozprawie wraz z aneksem do tej umowy z dnia 12 listopada 2015 r. i wnioskiem o dofinansowanie projektu*) oraz art. 57 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, w sytuacji kiedy w okresie trwałości projektu ogłosiłby drugi raz postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę systemu szpitalnego HIS. Jak bowiem wynika ze złożonych przez Zamawiającego dowodów Zamawiający aktualnie użytkuje system szpitalny CCM CLININET, który został wdrożony w ramach realizacji zamówienia publicznego finansowanego z udziałem środków unijnych. Finansowanie nastąpiło w 2015 r. i zgodnie z przedstawioną na rozprawie umową o dofinansowanie realizacja niniejszego przedsięwzięcia pozostaje w okresie trwałości.

Wskazać należy, że z art. 57 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 wynika, że Zamawiający w okresie trwałości nie może dokonywać modyfikacji projektu, gdyż ryzykuje zwrot całości lub co najmniej istotnej części dofinansowania. Ponadto, w ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego, wymiana HIS nie tylko

więzałyby się z poniesieniem dodatkowych kosztów związanych z samą jego wymianą, ale także w sposób istotny wpłynęłyby na pracę szpitala, gdyż wiązałyby się to z koniecznością wymiany systemu oraz przeprowadzenia dodatkowych szkoleń, a ponadto mogłyby skutkować naruszeniem przez Zamawiającego dyscypliny finansów publicznych. Zamawiający dopuszczając w ramach zamówienia wymianę systemu HIS (w okresie trwałości projektu) również mógłby zostać obwiniony o niegospodarność, bowiem złożyłby zamówienie na taki sam system, który już posiada.

Zauważyć należy, że naruszenie trwałości projektu jest równoznaczne z naruszeniem art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych i oznacza konieczność zwrotu przez beneficjenta środków otrzymanych na realizację projektu, wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych, proporcjonalnie do okresu niezachowania trwałości w trybie określonym w ww. ustawie. W tym miejscu rację należy przyznać Odwołującemu, że każdy przypadek ewentualnego naruszenia trwałości projektu jest oceniany indywidualnie jednakże ryzyko w sytuacji ponownego złożenia zamówienia na taki sam lub podobny system istnieje.

Co więcej, Izba stwierdziła, że rację miał Zamawiający, iż dopuszczenie wymiany systemu HIS w realiach niniejszego postępowania doprowadziłaby do nieporównywalności złożonych ofert, gdyż nie można wykluczyć sytuacji, że część wykonawców proponowałaby oferty z wymianą systemu, a część z możliwością przeprowadzenia integracji.

Izba uznała ponadto, że status prawno-autorski, jak i dostęp do kodu źródłowego mają znaczenia przy realizacji procesu integracji systemów, co zostało wykazane w trakcie postępowaniai przyznane przez samego Odwołującego w piśmie z dnia 3 listopada 2017 r. W związku z tym Izba nie nakazała Zamawiającemu udostępnienia kodu źródłowego w celu dokonania integracji. Podkreślić również należy, że jak wynika z dokonanych ustaleń, Zamawiający nie posiada autorskich praw majątkowych do systemu HIS i nie może – co do zasady – samodzielnie go modyfikować, ani ingerować w kody źródłowe.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie b) uzasadnieniawskażać należy, że Izba ocenia zasadność zarzutów odwołania w zakresie modyfikacji postanowień SIWZ przez pryzmat postawionych i sformułowanych żądań w tym zakresie. Jednakże należy mieć na względzie, że nie w każdej sytuacji

kwestionowania postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia możliwe jest dokładne sformułowanie przez Odwołującego treści żądania, gdyż wtedy to Odwołujący formułowałby za Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia. Taka sytuacja ma miejsce w tym postępowaniu i zdaniem Izby wystarczające i czytelne jest zakwestionowanie postanowienia SIWZ oraz postawienie żądania polegającego na potrzebie doprecyzowania opisu systemu HIS w zakresie modułów wskazanych w punkcie 3.17 odwołania. Treść tego żądania w zakresie oczekiwania Odwołującego, jest na tyle czytelna, że Izba uznała to za wystarczające, aby nakazać Zamawiającemu dokonania uszczegółowienia tej kwestii. Takie uszczegółowienie Izba uznaje nie tylko za możliwe do dokonania przez Zamawiającego, ale i niezbędne dla zachowania zasady uczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Przepis art. 29 ust. 1 ustawy wskazuje, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ustęp drugi tegoż przepisu stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Podkreślić należy że Zamawiający i Przystępujący wskazywali, że integracja systemu unit-dose z posiadanym przez Zamawiającego systemem HIS jest możliwa na podstawie informacji zawartych w punkcie 12 PFU (program funkcjonalno-użytkowy) oraz na podstawie informacji, iż że integracja systemów dokonywana będzie po protokole HL7. Jak jednak zauważył Odwołujący informacje zawarte w punkcie 12 PFU są niewystarczające, protokół HL7 ma wiele wersji, a Zamawiający nie wskazał konkretnie o którą wersję chodzi. W ocenie Izby taka sytuacja nie może mieć miejsca, bowiem niezależności od wersji różne są sposoby i wymagania dotyczące integracji, pomimo, iż jak wyjaśniał Przystępujący protokół ten określa standardowe założenia oraz wskazuje reguły dotyczące integracji.

Izba uznaje także za zasadne stanowisko Odwołującego, że w SIWZ nie ma wystarczających informacji o architekturze posiadanego przez Zamawiającego systemu HIS, co zasadnie zdaniem Odwołującego uniemożliwia poznanie szczegółowych oczekiwań Zamawiającego, jak i dokonanie integracji.

Izba stwierdziła, że bez precyzyjnego opisu systemu HIS w szczególności odnośnie modułu apteka, apteczka oddziałowa, zleceń lekarskich , modułu pielęgniarki w zakresie podawania leków, a także poprzez brak wskazania architektury systemu, Odwołujący nie ma możliwości dokonania oceny, czy integracja taka jest technicznie możliwa, a także jakie dokładnie czynności powinien podjąć celem integracji tego systemu, ile roboczogodzin powinien na to przeznaczyć, ani jakie wymogi systemowe są konieczne do dokonania integracji.

Z tego względu Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie precyzyjnego opisu posiadanego systemu HIS odnośnie elementów wskazanych w punkcie 3.17 odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017r., poz. 47).

Przewodniczący: