

Sygn. akt: KIO 424/20

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 12 marca 2020 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez odwołującego: **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie** (Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Katowickie Centrum Onkologii z siedzibą w Katowicach** (ul. Raciborska 26 40-074 Katowice),

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie** (Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez Zamawiającego: Katowickie Centrum Onkologii w Katowicach, którego przedmiotem jest: „Zakup, dostawa, wdrożenie, konfiguracja Szpitalnego Systemu Informatycznego dla części medycznej, licencje, instruktaż personelu, gwarancja i serwis pogwarancyjny”, nr ref.: K.C.O./PN/03/2020. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE w dniu 17.02.2020 r. Nr: 77034-2020-PL. Odwołanie zostało wniesione w dniu 27 lutego 2020 r. wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, która została opublikowana (podobnie jak Ogłoszenie o zamówieniu) w dniu 17 lutego 2020 r. Odwołujący - Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie wskazał na naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - brak dokładnego opisu procesu integracji, a zatem opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – brak dokładnego opisu procesu migracji, brak umieszczenia w SIWZ koniecznych informacji na temat migracji danych, a zatem opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 142 ust. 1, 2 i 3 Pzp, a także art. 142 ust. 5 lit. d) Pzp - nałożenie na wykonawcę obowiązku świadczenia usługi serwisu pogwarancyjnego oprogramowania przez okres 60 miesięcy liczony od dnia upływu okresu gwarancji oraz zaniechanie w protokole uzasadnienia zawarcia umowy w zakresie świadczenia usługi serwisu pogwarancyjnego na okres dłuższy niż 48 miesięcy (naruszenie w zw. z art. 96 ust. 1), zaniechanie zawiadomienia Prezesa UZP w tym zakresie z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, a także zaniechanie wprowadzenia obligatoryjnych postanowień umowy, o których mowa w art. 142 ust. 5 lit. d) Pzp, a także nieprawidłowe oszacowanie zamówienia w tym zakresie, czym zamawiający naruszył art. 32 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 1 i ust. 3a pkt 2 Pzp;
- 4) art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2a, 2c i 2d Pzp - niezgodnie z ustawą Pzp sformułowanie kryterium oceny ofert w zakresie kryterium: Cena brutto za 60-miesięczny serwis pogwarancyjny na warunkach gwarancji, które to kryterium:

- a. w połączeniu z treścią formularza ofertowego (załącznik 1 do SIWZ) obliguje Wykonawcę do złożenia oświadczenia o zaoferowaniu konkretnej ceny za świadczenie, które będzie miało miejsce za ponad 60 miesięcy - a więc w ogóle nie jest czasowo powiązane z przedmiotem zamówienia, a ponadto narusza zasadę proporcjonalności i prowadzi do obejścia przepisów o udzielaniu zamówienia publicznego w trybach wynikających z ustawy PZP,
  - b. narusza zasadę, iż cena jako kryterium o wadze przekraczającej 60% może być stosowana wyłącznie przy spełnieniu określonych przesłanek, których Zamawiający nie dopełnił.
- 5) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp - niejednoznaczne i nieproporcjonalne sformułowanie warunku udziału wykonawcy w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wskutek wprowadzenia w treść warunku określenia nieprecyzyjnego i potocznego określenia „placówka o profilu onkologicznym”;
- 6) art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 7 i 29 ust. 1 w zw. z art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 5 k.c. art. 471 k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. -sporządzenie wzoru umowy obowiązującego przy realizacji zamówienia w sposób naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów - poprzez obciążenie wykonawcy nadmiernym ryzykiem wynikającym z regulacji dotyczącej kar umownych - mających charakter nielimitowanych kar przy jednoczesnej nielimitowanej odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i w zakresie każdego z zarzutów sformułował następujące żądania:

Zarzut I: Integracja

Odwołujący wniósł o nakazanie dokonania zmiany SIWZ polegającej na:

- 1) uzupełnieniu SIWZ o kompletną dokumentację interfejsów, mechanizmów i opisu protokołów wymiany danych tych urządzeń, w tym podanie szczegółowych danych technicznych niezbędnych do przeprowadzenia integracji wraz z kompletną dokumentacją dotyczącą sposobu komunikacji tych urządzeń (co najmniej zdolność komunikacji, sposób komunikacji, opis transakcji, konstrukcja pliku komunikatu) oraz opisu interfejsów wymiany danych wraz z dokumentacją, zakresu danych do wymiany, parametrów dotyczących interfejsów wymiany danych, rodzaju usług i mechanizmów wymiany danych po stronie tych systemów;
- 2) wprowadzeniu w SIWZ i wzorze umowy zobowiązania Zamawiającego, że w przypadku gdy podczas wdrożenia lub podczas eksploatacji wdrożonego systemu, w tym na etapie gwarancji, Zamawiający dokona wymiany lub zakupu nowych urządzeń, tak że będzie to miało wpływ na integrację z oferowanym i wdrożonym systemem - Zamawiający we własnym

zakresie i na własny koszt pozyska wszelkie niezbędne do przeprowadzenia ponownej integracji informacje i dane od producenta tych urządzeń, z którymi miała by nastąpić ponowna integracja lub poprawa mechanizmów integracyjnych oraz że Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności ani kosztów za brak integracji wynikający z działań lub zaniechań Zamawiającego i firm trzecich.

3) usunięciu postanowienia stanowiącego, że koszt integracji z oprogramowaniem innych producentów winien być wiążący przez 10 lat, chyba że w aktualnym na dzień zamówienia takiej usługi Wykonawca w cenniku posiada niższą cenę.

albo

1) usunięciu z treści SIWZ - załącznika nr 1 do SIWZ - dla Części medycznej e) Obsługa Gabinetów pkt. 62 oraz tożsamy punkt g) Obsługa pracowni pkt. 9 w którym Zamawiający powołuje się na wykonanie integracji systemu z posiadaną przez Zamawiającego aparaturą medyczną.

2) wprowadzeniu w SIWZ i wzorze umowy zobowiązania Zamawiającego, że w przypadku gdy podczas wdrożenia lub podczas eksploatacji wdrożonego systemu, w tym na etapie gwarancji, Zamawiający dokona wymiany lub zakupu nowych urządzeń, tak że będzie to miało wpływ na integrację z oferowanym i wdrożonym systemem - Zamawiający we własnym zakresie i na własny koszt pozyska wszelkie niezbędne do przeprowadzenia ponownej integracji informacje i dane od producenta tych urządzeń, z którymi miała by nastąpić ponowna integracja lub poprawa mechanizmów integracyjnych oraz że Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności ani kosztów za brak integracji wynikający z działań lub zaniechań Zamawiającego i firm trzecich.

3) usunięciu postanowienia stanowiącego, że koszt integracji z oprogramowaniem innych producentów winien być wiążący przez 10 lat, chyba że w aktualnym na dzień zamówienia takiej usługi Wykonawca w cenniku posiada niższą cenę.

Zarzut II: Migracja

Odwołujący wniósł o nakazanie dokonania zmiany SIWZ polegającej na:

1) zapewnieniu danych do migracji w postaci plików CSV lub XLS zawierających dane do migracji wraz z dokumentacją umożliwiającą pełną identyfikację zawartości tych plików;  
2) wskazaniu wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta migracja a w szczególności m.in.:

- ilości i rodzajów baz danych (proste czy złożone, relacyjne czy obiektowe, itp.);
- struktury poszczególnych baz danych;
- rozmiaru baz danych;
- sposób migracji ze wskazaniem na dane, które mają pierwszeństwo, informacji na temat spójności danych, itp.;

- zakres danych podlegających migracji (jakie dane, za jakie lata, dane z jakich obszarów itd.);
  - dla zapewnienia możliwości migracji danych rozliczeniowych informacji o:
    - numerze wersji rozliczeniowej zestawów, o czasie generacji zestawów, o czasie ostatniej modyfikacji, o numerze wersji pozycji rozliczeniowej, o numerze pozycji rozliczeniowej, o numerze instalacji,
    - ID cykli oraz sesji terapeutycznych (o ile istnieją) o ID instalacji zestawów, o ID instalacji pozycji rozliczeniowej.
- oraz
- zapewnienia dostępu do wszystkich sprawozdawanych danych w ramach komunikatów ŚWIAD,
  - dla każdego zestawu przedstawienia statusu potwierdzenia zestawu świadczeń oraz statusu pozycji rozliczeniowych z podaniem kolejności ich potwierdzeń w formie niezaszyfrowanej,
  - dla każdego świadczenia przekazania informacji o tym czy dany zestaw świadczenia z wybranego roku został wysłany w wersji komunikatu wyższej niż obowiązywała w momencie jej utworzenia,
  - przekazania numerów wersji komunikatu ŚWIAD dla których dane zestawy był ostatnio pozytywnie potwierdzone przez NFZ.

albo

3) ograniczeniu zakresu migracji danych dotyczących przeniesienia danych rozliczeniowych z zachowaniem ciągłości rozliczeń - korekty i nadwykonania - w nowo wdrażanym systemie, oraz wprowadzenie zapisu, iż w celu realizacji archiwalnych korekt i nadwykonań, Zamawiający pozostawi w swojej siedzibie jedną instalację aktualnego systemu (1 licencja), która bez aktualizacji umożliwi realizację tego wymagania.

Zarzut III: Gwarancja i serwis pogwarancyjny

Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ - usunięcie z przedmiotu zamówienia serwisu pogwarancyjnego i dostosowanie pozostałych postanowień SIWZ (np. kryteriów oceny ofert) do zmodyfikowanego przedmiotu zamówienia.

Zarzut IV: Kryteria oceny ofert

Wykonawca wniósł o nakazanie zmiany SIWZ - usunięcie z kryteriów oceny ofert ceny serwisu pogwarancyjnego, zastosowanie 60% kryterium ceny oferty oraz dostosowanie kryteriów oceny ofert do wymogów PZP tak, aby prowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut V: Warunek udziału w postępowaniu

Wykonawca wniósł o nakazanie zmiany SIWZ - usunięcie z treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej określenia „o profilu onkologicznym”.

## Zarzut VI: Odpowiedzialność wykonawcy

Wykonawca wniósł o nakazanie zmiany SIWZ - wprowadzenie limitacji naliczania kar umownych z tytułu opóźnienia do kwoty 10% wartości wynagrodzenia brutto.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Sformułowane przez Zamawiającego postanowienia SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy mogą pozbawić wykonawcę możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia wskazanych przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania tego zamówienia.

**Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego** na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Zawiadomienie wykonawców o wniesieniu odwołania nastąpiło (jak podał Zamawiający) w dniu 28 lutego br poprzez zamieszczenie informacji o odwołaniu (wraz z jego kopią) na stronie internetowej Centrum.

**Zamawiający w piśmie z dnia 11 marca 2020 r.** wskazując na art. 186 ust. 2 ustawy Pzp oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości w zakresie wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz wnosi o umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym, w tym nieobciążania Zamawiającego kosztami postępowania.

### **Izba postanowiła:**

Działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Orzekając o kosztach postępowania, Izba miała na uwadze art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....