

Sygn. akt: KIO 1439/18

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Anna Chudzik
Członkowie:	Przemysław Dzierzędzki Danuta Dziubińska
Protokolant:	Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Gabos Software Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Matki Bożej Nieustającej Pomocy w Wołominie,**

przy udziale wykonawcy **Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gabos Software Sp. z o.o., WASKO S.A. i:
 - 2.1. 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;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Matki Bożej Nieustającej Pomocy w Wołominie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wdrożenie e-usług w Szpitalu w Wołominie - II ETAP w podziale na zadania.*

W dniu 23 lipca 2018 r. Konsorcjum: Gabos Software Sp. z o.o., WASKO S.A. (dalej: Konsorcjum Gabos) wniosło odwołanie wobec wyboru oferty Atende Medica Sp. z o.o. (dalej: Atende) i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na zadanie nr 1 oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy w zadaniu nr 1. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. następującymi przepisami: z art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, art. 387 § 1 Kc, a także art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

1. Zarzut dotyczący migracji danych

Odwołujący wskazał, że w szpitalu w Wołominie jest wdrożony system Mediquis, który to system obecnie Zamawiający chce wymienić. Nowe funkcjonalności zostały opisane w Załączniku nr 4 do SIWZ – OPZ, gdzie m.in. zawarto w pkt 1.5 (str. 109) informację o konieczności migracji danych z obecnego systemu do systemu HIS firmy wybranego wykonawcy. Zamawiający zabezpieczył swój interes w zakresie migracji danych wskazując w tym miejscu jedynie przykładowy, więc otwarty zakres danych do migracji, ale z uwagi na przedmiot zamówienia pewien zakres jest jednak stały.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Atende przed terminem składania ofert nie zwrócił się do producenta obecnego oprogramowania ani o zabezpieczenie tego obszaru przedmiotu zamówienia na etapie jego realizacji, ani też o wycenę tej usługi. Okoliczność ta w świetle odpowiedzi Atende z dnia 3 lipca 2018 r., jest bezsporna i przyznana. Zdaniem Odwołującego, o ile Atende może od Zamawiającego uzyskać dostęp do obecnej bazy danych i część danych przetworzyć i zmigrować, to nie jest w stanie bez udziału producenta systemu Mediquis dokonać migracji w zakresie statusów EWUŚ i Historii rozliczeń świadczeń medycznych z NFZ.

Odwołujący podał, że jeden z wykonawców zadał pytanie o dostęp do bazy danych w celu migracji danych (pyt. nr 186: Czy zamawiający posiada pełny dostęp do bazy danych eksploatowanego systemu Mediquis 4 firmy Gabos wraz z opisem jej struktury i udostępni go

wykonawcy?), na które Zamawiający odpowiedział: *Zgodnie z SIWZ wraz z modyfikacjami z 06.04.2018r., i udzielonymi odpowiedziami Firma Gabos Software Sp. z o.o. tel. 32 6610071 obecnie sprawuje opiekę serwisową u Zamawiającego.* Zamawiający 27 czerwca 2018 r. zwrócił się do Atende o wyjaśnienie tej wątpliwości, która była już szeroko rozpisana w poprzednio wniesionym odwołaniu – uwzględnionym przez Zamawiającego, i nie otrzymał żadnej profesjonalnej odpowiedzi. A przecież już w poprzednio wniesionym odwołaniu wyraźnie było wyartykułowane, że Atende nie jest w stanie bez udziału producenta systemu Mediquis dokonać migracji w zakresie statusów EWUŚ i Historii rozliczeń świadczeń medycznych z NFZ. Tymczasem w swojej odpowiedzi z dnia 3 lipca 2018r. zupełnie milczy o tym kluczowym zarzucie i chociaż Zamawiający wyraźnie też argumentuje ten aspekt jako powód swoich wątpliwości. W piśmie z dnia 3 lipca b.r. Atende ograniczył się do gołosłownych zapewnień i odesłania do pkt 3.6 oferty.

Odwołujący zgodził się z twierdzeniami Atende, że Zamawiający nie wymagał zawarcia umowy z producentem systemu, ale zgodnie z zasadą opisaną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zatem każdy wykonawca ma złożyć ofertę np. zgodną z treścią SIWZ, co z uwagi na kategorię brzmienie przepisów dotyczących obligatoryjnych przesłanek do wykluczenia, czy do odrzucenia oferty, uniemożliwia domniemanie zgodności oferty z ustawą Pzp, czy wybór wykonawcy na zasadzie loterii co do jego rzetelności i gwarancji należytego wykonania zamówienia, czy zgodnego z prawem zrealizowania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający otrzymał od wykonawcy Atende jedynie odpowiedź: *nie jest prawdą, by podwykonawstwo producenta ww. systemu było konieczne do przeprowadzenia.* Zdaniem Odwołującego jest to tylko generalne oświadczenie, że wykonawca wykona przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ i uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego. Odwołujący podkreślił przy tym, że Atende zgodził się z treścią zapytania i nie wniósł na czynność Zamawiającego środka ochrony prawnej.

Odwołujący zaznaczył, że nie kwestionuje umiejętności i doświadczenia Atende jako takich, ale zwraca uwagę, że Atende nawet nie próbował przekonać Zamawiającego, w jaki sposób zamierza wykonać migrację zgodnie z prawem, a Zamawiający nie obciążył tego wykonawcy konsekwencjami jego pustosłowa i braku jakichkolwiek konkretów. Zdaniem Odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza powinna ocenić, czy w świetle materiału dowodowego jakim Zamawiający dysponował w dniu 13 lipca 2018r., mógł uznać, że wykonawca ten złożył ofertę zgodną z przepisami ustawy Pzp.

2. Zarzut dotyczący integracji z SIMPLE.ERP

Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 4 do SIWZ w pkt 1.2.37 INTEGRATOR został również zawarty wymóg integracji dostarczanego w ramach przetargu systemu HIS z obecnie istniejącym u Zamawiającego systemem administracyjnym SIMPLE.ERP. Zamieszczony ww. punkcie wymóg integracji dwustronnej oznacza, że dodatkowe prace związane z integracją będą musieli wykonać pracownicy obu firm. Zatem zagwarantowanie sobie dostępu do zasobów producenta Simple, jak i wycena takiej pracochłonności ze strony Simple jest konieczna do wykonania tego zadania, a tego aby złożyć ofertę prawidłową i poważną należało dokonać przed upływem terminu składania ofert. Bez tej integracji Atende nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podał, że zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem dotyczącym integracji z systemem ERP firmy Simple (pyt. nr 89, w którym Odwołujący wnioskował o podanie następujących informacji: szczegółowego opisu interfejsów integracyjnych pomiędzy posiadanymi przez Zamawiającego systemami ERP a dostarczanym systemem HIS, bazy danych, na jakiej pracuje oprogramowanie ERP firmy Simple S.A., potwierdzenia, że Zamawiający poniesie koszty integracji pomiędzy posiadanymi systemami ERP firmy Simple S.A. a dostarczanym systemem HIS, po stronie firmy Simple S.A., wyszczególnienie wszystkich systemów, z którymi system Wykonawcy ma się zintegrować (producent oraz nazwa systemu), zakresu integracji oraz przekazanie interfejsów do integracji. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: Ad. 1 Zgodnie z SIWZ; Ad. 2 Microsoft SQL Server 2008; Ad. 3 Całość kosztów związana z integracją leży po stronie wykonawcy i powinna zostać skalkulowana na etapie składanej oferty; Ad. 4 Zgodnie z SIWZ.

Odwołujący podniósł, że w związku z powyższym profesjonalny wykonawca musiał sobie zagwarantować przed upływem terminu składania ofert i w sposób formalny udział dotychczasowych producentów oprogramowania na etapie realizacji zamówienia i uwzględnić koszt tej zewnętrznej pracochłonności. Z informacji własnych oraz pochodzących od firmy Simple jednoznacznie wynika, że Atende nawet nie podjął takiej próby. Ponadto Atende wyraźnie w pkt 3.6 formularza oferty oświadczył, że wykona zamówienia siłami własnymi, co jest niemożliwe z przyczyn opisanych powyżej. Zatem wprowadził w błąd Zamawiającego co do realności swojej oferty, jak i co do zgodności jej z treścią SIWZ, co jednocześnie wypełnia przesłanki opisane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że kluczowym powodem wystąpienia o wyjaśnienia do Atende była kwestia podwykonawstwa w ww. zakresie i brak możliwości w takiej sytuacji legalnego wykonania tej części usługi, a Zamawiający otrzymał jedynie odpowiedź: *nie jest prawdą, by*

podwykonawstwo producenta ww. systemu było konieczne do przeprowadzenia (...). Jest to takie samo to generalne oświadczenie, jak to w ofercie, że wykonawca wykona przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ i uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego. Odwołujący zaznaczył, że Atende zgodził się z treścią zapytania i nie wniósł na tę czynność środka ochrony prawnej.

Odwołujący wniósł o ocenę przez Krajową Izbę Odwoławczą, czy w świetle materiału dowodowego jakim Zamawiający dysponował w dniu 13 lipca 2018 r., mógł uznać, że wykonawca ten złożył ofertę zgodną z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że nieudzielenie wyjaśnień na pytania Zamawiającego powinno skutkować oceną oferty pod kątem jej zgodności z treścią SIWZ wyłącznie na podstawie treści tej oferty. Zdaniem Odwołującego, świadczenie, do którego zobowiązał się Atende jest niemożliwe do spełnienia w rozumieniu art 387 § 1 Kc, co skutkuje nieważnością umowy. Ponadto, pomimo głośownego zapewnienia w formularzu oferty w pkt 3.1, 3.2, 3.7 i 3.6 oraz w treści pisma z 3 lipca 2018 r., Atende nie jest w stanie zapewnić należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i przepisami powszechnie obowiązującego prawa, co w istotny sposób narusza interes Zamawiającego. Jego działania są nieuczciwe w stosunku do wykonawców rzetelnie przygotowujących się do złożenia oferty w tym postępowaniu i rzetelnie wyceniających ofertę przetargową. Zdaniem Odwołującego powyższe wypełnia przesłanki opisane w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

3. Zarzuty dotyczące wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący wskazał, że w punkcie VI.2 SIWZ w odniesieniu do zadania 1 Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych:

1. Jedno zamówienie zrealizowane dla jednostki ochrony zdrowia, o wartości minimum 1.500.000,00 zł brutto, którego przedmiotem była:
 - dostawa, instalacja i konfiguracja sprzętu komputerowego obejmującego min. serwery, stacje robocze i sprzęt peryferyjny,
 - dostawa i wdrożenie wraz z serwisem systemu informatycznego obsługującego działalność szpitala w zakresie w części medycznej (HIS) obejmującej m.in. rozliczenia z płatnikami (w tym NFZ), ruch chorych, przychodnię, blok operacyjny, zlecenia, aptekę, apteczki oddziałowe.

- minimalny okres świadczonej nieprzerwanie usługi: min. 24 miesiące;
- minimum 200 stanowisk komputerowych z zainstalowanym oprogramowaniem aplikacyjnym klasy HIS w danej jednostce ochrony zdrowia. Systemy obejmują co najmniej następujące moduły; Ruch Chorych (Izba Przyjęć, Oddział, Statystyka Medyczna, Obsługa Kontraktów), Apteka Szpitalna, Apteczka Oddziałowa, Blok Operacyjny, Zlecenia, Dokumentacja Medyczna, Laboratorium.
- minimum 200 stanowisk komputerowych objętych serwisem w danej jednostce ochrony zdrowia;
- minimum 6 fizycznych serwerów objętych serwisem w danej jednostce ochrony zdrowia;
- minimum 200 użytkowników systemów klasy HIS w danej jednostce ochrony zdrowia;
- minimalna ilość pracowników Wykonawcy świadcząca usługi na terenie danego Zamawiającego to 3 osoby.

Wykonawca Atende posłużył się referencją z projektu pn. *E-usługi w SPZZOZ w Wyszkwowie*. Wykonawca ten zrealizował i odebrał ww. projekt 30 marca 2018 r., o czym zaświadcza referencja podpisana przez Zastępcę Dyrektora ds. ekonomiczno-administracyjnych. Dokumentacja przetargowa w Wyszkwowie oraz § 9 ust. 1 umowy z 18 maja 2017 r. stanowią, że *Wykonawca udziela nieodpłatnej gwarancji na dostarczone oprogramowanie oraz sprzęt i rozbudowę sieci (wraz z dokumentacją) na okres 36 miesięcy liczony od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego*, tj. od 30 marca 2018 r. Co za tym idzie, na dzień składania ofert (11 maja 2018 r.), Atende świadczył gwarancję przez okres 43 dni, a przecież wymóg Zamawiającego stanowi o minimalnym okresie świadczonej nieprzerwanie usługi min. 24 miesięcy. Tym samym wymóg okresu długości świadczonej gwarancji nie został spełniony przez zrealizowany przedmiotowy projekt.

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał, aby zamówienie referencyjne obejmowało minimum 200 stanowisk komputerowych objętych serwisem w danej jednostce ochrony zdrowia. Wykonawca Atende w ramach umowy na rzecz SPZZOZ w Wyszkwowie rzekomo dostarczył:

- zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ - DEZ/P/341/ZP-26/2016 od pkt. 1.6 do pkt. 1.10 stanowiska komputerowe - w ilości 150 szt.,
- zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ - DEZ/P/341/ZP-26/2016 od pkt. 1.11 do pkt. 1.14 przenośne stanowiska komputerowe - w ilości 10 szt.,
- zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ - DEZ/P/341/ZP-26/2016 pkt. 1.19 tablety jako przenośne stanowiska komputerowe - w ilości 32 szt.,
- zgodnie z umową użyczenia z dnia 31.07.2017 r., 13.12.2017 r., 30.03.2018 r. stanowiska komputerowe w ilości 12 szt.,

tj. łącznie 204 stanowiska komputerowe objęte serwisem. Tymczasem referencja, którą wykonawca miał się posłużyć w ramach spełnienia wymagań w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych miała obejmować *jedno zamówienie zrealizowane dla jednostki ochrony zdrowia*.

Odwołujący podniósł, że umowa użyczenia jest odrębną od dostaw, usług i robót budowlanych umową nazwaną, i regulowaną przez przepisy Kc (art. 710-719). Po drugie, była w tym przypadku jakąś dodatkową umową, nieprzewidzianą przez Zamawiającego w treści umowy właściwej. Zatem umowa użyczenia zawarta poza systemem Pzp nie mogła wchodzić do referencyjnego przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że wykonawca Atende dostarczył 192 stanowiska komputerowe, co nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Następnie Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał, aby zamówienie referencyjne obejmowało minimum 6 fizycznych serwerów objętych serwisem w danej jednostce ochrony zdrowia. Wykonawca Atende w ramach umowy z SPZZOZ w Wyszku dostarczył rzekomo:

- zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ - DEZ/P/341/ZP-26/2016 od pkt. 1.2 do pkt. 1.4 serwery w ilości 5 szt.,
- zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ - DEZ/P/341/ZP-26/2016 pkt. 1.5 macierz dyskowa wraz z dyskami 20TB w ilości 1 szt.,
- zgodnie z umową użyczenia z dnia 13.12.2017 r. Serwer WNAP TS-453A w ilości 1 szt.,
- zgodnie z umową użyczenia z dnia 30.03.2018 r. Serwer HP MicroSvr 10X3216 w ilości 1 szt.,

tj. łącznie 8 serwerów, które zostały objęte serwisem. Tymczasem wykonawca miał wykonać *jedno zamówienie zrealizowane dla jednostki ochrony zdrowia*, a umowa użyczenia jest dodatkową, odrębną i niezależną umową i nie może wchodzić w skład *jednego zamówienia*.

Odwołujący dodał, że nie jest serwerem macierz dyskowa wraz z dyskami 20TB. W Opisie przedmiotu zamówienia dołączonym do SIWZ w ramach przedmiotu zamówienia pn. „E-usługi w SPZZOZ w Wyszku”, ten Zamawiający odrębnie od serwerów (tu pkt 1.2-1.4) uregulował wymagania i odrębnie dla macierzy dyskowej (pkt 1.5 na str. 10 przedstawiono parametry, którymi ma się cechować dostarczana w ramach przedmiotu zamówienia macierz dyskowa). Zdaniem Odwołującego, zgodnie z wiedzą ekspertów technicznych Odwołującego, w zakresie sprzętowym parametry, jakimi ma się cechować dostarczana macierz dyskowa, nie spełnia jakiegokolwiek serwer. W szczególności dotyczy to następujących parametrów wymaganych przez SPZZOZ w Wyszku:

- Kontrolery: Dwa kontrolery posiadające min 4 porty iSCSI 10Gb Base 7 każdy, 2 porty do zarządzania z interfejsem RJ45 na kontroler. Wymagane obsługiwane poziomy RAID 0,1,5,6,10, DDP, kontrolery pracujące w trybie active-active,
- Pamięć cache 4GB na kontroler, pamięć cache zapisu mirrorowana między kontrolerami, z opcją zapisu na dysk lub inna pamięć nieulotna lub podtrzymywana bateryjnie przez min. 72h w razie awarii; możliwość rozszerzenia pamięci cache poprzez instalację dysków.

Odwołujący stwierdził, że parametry te nie są spełniane przez serwery, natomiast są spełniane przez macierze. Co więcej parametr DDP sugeruje firmę produkującą wyłącznie macierze dyskowe – NetApp i jest to najprawdopodobniej model E 2700 lub E 2600. Powyższe wyłącza możliwość uznania macierzy za serwer, co oznacza, że Atende dostarczyła 5 serwerów, co nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego okoliczności sprawy nie pozostawiają żadnych wątpliwości, że wykonawca Atende chciał wprowadzić Zamawiającego w błąd, podając w wykazie usług/doświadczenia szereg nieprawdziwych informacji, mimo że miał pełną wiedzę na temat tego jaki rzeczywiście był zakres usługi wskazanej w wykazie i ile faktycznie wynosił okres świadczonej nieprzerwanie usługi. W ocenie Odwołującego wykonawca Atende działał świadomie i z rozmysłem, gdyż zdawał sobie sprawę, że w rzeczywistości nie posiada doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Składając nieprawdziwe informacje wykonawca Atende chciał zatem uniknąć wykluczenia z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że jeśli nawet przyjąć, że wykonawca Atende nie działał w sposób zamierzony, to niewątpliwie jego zachowanie cechowało co najmniej rażące niedbalstwo.

Powołując się na orzecznictwo Odwołujący zaznaczył, że do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stosuje się przepisy Kc, a zgodnie z art. 355 § 1 Kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przepisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności, przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności. Dodatkowo

w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, co nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Wykonawca Atende powinien był zatem dochować należytej staranności wymaganej od przedsiębiorców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Opisanie posiadanego doświadczenia w sposób tak dalece odbiegający od rzeczywistości należy uznać za zachowanie zdecydowanie odbiegające od obowiązującego w tym zakresie miernika należytej staranności, co w konsekwencji należy ocenić jako co najmniej rażące niedbalstwo.

W ocenie Odwołującego bezsprzecznie Zamawiający został wprowadzony w błąd co do spełniania przez Atende warunku udziału w postępowaniu. Zachowanie wykonawcy Atende wypełnia też przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że jest to przesłanka bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd. W ocenie Odwołującego Atende miał świadomość tego, że wykazane przez niego doświadczenie w rzeczywistości nie potwierdza spełniania postawionego w postępowaniu warunku, jednak opisał wykonaną usługę w taki sposób, że stworzył wrażenie, że odpowiada ona wymogom ustalonym przez Zamawiającego, przez co wprowadził w błąd Zamawiającego i w istotny sposób wpłynął na decyzję Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, nie można bowiem w trybie tych przepisów uzupełniać czy wyjaśniać informacji nieprawdziwych. Z tego względu ewentualne wezwanie wykonawcy Atende do uzupełnienia wykazu wykonanych usług/doświadczenia nie wchodzi w rachubę.

4. Zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący, powołując się na treść art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp, podniósł, że to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jeżeli tego nie uczyni, to Zamawiający ma obowiązek wykluczyć go z postępowania. W świetle ustawy Pzp nie ma zatem żadnego domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Ponieważ wykonawca Atende nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia

(z pewnością wykazaniem takim nie jest złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Atende), Zamawiający winien wykluczyć go z postępowania i uznać jego ofertę za odrzuconą.

5. Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Podniósł, że ponieważ Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę Atende, wykluczyć wykonawcę Atende z postępowania z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu oraz uznać ofertę wykonawcy Atende za odrzuconą, to w konsekwencji Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego. W związku z powyższym uzasadniony jest zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, jak i tego, że Zamawiający dąży do wyboru oferty wykonawcy nie wybranego zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w odniesieniu do zadania 1: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferty, powtórzenia badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Atende z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Atende Medica Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące migracji danych i integracji systemu

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w załączniku nr 4 do SIWZ pkt 1.5 określił wymagania dotyczące migracji danych z HIS, podając, że: *pełny zakres oraz sposób migracji danych omówiony będzie z wykonawcą w trakcie analizy wdrożeniowej. Wykonawca w wycenie musi*

uwzględnić scenariusz, w którym w pełni będzie odpowiadał za przeniesienie tych danych. Systemem źródłowym zamawiającego jest Mediquis 4 firmy Gabos. Dane kontaktowe do przedstawiciela firmy Zamawiający może podać w przypadku wystosowania prośby przez Wykonawcę. Ponadto Zamawiający określił przykładowy zakres danych do migracji.

W punkcie 1.2.37 załącznika nr 4 do SIWZ Zamawiający podał, że system HIS należy zintegrować z systemem Simple.ERP w wersji 6.10 firmy Simple S.A. z Warszawy zwany dalej systemem ERP. Zasady integracji z systemem BI zostaną doprecyzowane podczas analizy przedwdrożeniowej.

Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 186 (Załącznik nr 4 do SIWZ Migracja danych z HIS. Czy zamawiający posiada pełny dostęp do bazy danych eksploatowanego systemu Mediquis 4 firmy Gabos wraz z opisem jej struktury i udostępni go wykonawcy?) Zamawiający poinformował: Zgodnie z SIWZ wraz z modyfikacjami z 06.04.2018r., i udzielonymi odpowiedziami. Firma Gabos Software Sp. z o.o. tel.32 6610071 obecnie sprawuje opiekę serwisową u Zamawiającego.

W odpowiedzi na pytanie nr 89 (Prosimy o podanie następujących informacji: 1. szczegółowego opisu interfejsów integracyjnych pomiędzy posiadanymi przez Zamawiającego systemami ERP a dostarczanym systemem HIS, 2. bazy danych, na jakiej pracuje oprogramowanie ERP firmy Simple S.A., 3. prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający poniesie koszty integracji pomiędzy posiadanymi systemami ERP firmy Simple S.A. a dostarczanym systemem HIS, po stronie firmy Simple S.A., 4. prosimy o wyszczególnienie wszystkich systemów z którymi system Wykonawcy ma się zintegrować (producent oraz nazwa systemu), zakresu integracji oraz przekazanie interfejsów do integracji. Wykonawca bez ww. informacji nie jest w stanie prawidłowo oszacować oferty. W przypadku braku możliwości podania ww. informacji prosimy o usunięcie wymagania.) Zamawiający poinformował: Ad.1 Zgodnie z SIWZ Ad.2 Microsoft SQL Server 2008 Ad. 3 Całość kosztów związana z integracją leży po stronie wykonawcy i powinna zostać skalkulowana na etapie składanej oferty. Ad.4 Zgodnie z SIWZ.

W dniu 27 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnienia, czy wykonawca uwzględnił w ofercie wymagania SIWZ dotyczące migracji danych z HIS, w tym w zakresie danych dotyczących Historii ubezpieczenia i Historii rozliczeń świadczeń medycznych z NFZ oraz integracji z systemem Simple.ERP, a jeżeli tak, to czy uwzględnienie w ofercie przedmiotowych wymagań jest zgodne z oświadczeniem złożonym w ofercie o wykonaniu usługi bez udziału podwykonawców.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wyjaśnił, że uwzględnił w ofercie wszystkie wymagania dotyczące migracji danych z HIS oraz integracji z systemem Simple.ERP. Przystępujący poinformował, że Zamawiający w żadnym miejscu nie wprowadził wymogu, by oferenci zawarli umowę z producentami ww. systemów oraz że nie jest prawdą, jakoby podwykonawstwo producentów systemów było konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca wyjaśnił, że posiada wieloletnie doświadczenie pozwalające na wykonanie tych elementów przedmiotu zamówienia bez podwykonawstwa producentów systemów. Oświadczył również, że uwzględnił koszty wykonania migracji danych i integracji z Simple.ERP.

Odwołujący zarzucił, że w związku z niezagwarantowaniem możliwości wykonania migracji danych oraz integracji z systemem Simple.ERP Przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 16, a jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z ww. przepisami:

- art. 24 ust. 1 pkt 16: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
- art. 89 ust. 1: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest niezgodna z ustawą (pkt 1), jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (pkt 2), jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pkt 3);
- art. 387 § 1 Kc: Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna;
- art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego naruszenia przytoczonych wyżej przepisów.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że zarzuty odwołania zostały oparte na błędnej tezie, jakoby na etapie ofertowania wykonawcy zobowiązani byli do nawiązania współpracy z producentem systemu Mediquis w celu zapewnienia migracji danych oraz

z producentem systemu Simple.ERP w celu zapewnienia integracji oferowanego systemu z ww. systemem. Obowiązek taki nie wynika z żadnego z postanowień SIWZ. Wymagania w zakresie migracji danych i integracji systemu opisane w załączniku nr 4 do SIWZ określają obowiązki wykonawcy na etapie realizacji przedmiotu zamówienia i nie sposób wywodzić z nich konieczności zawarcia umowy lub innego sposobu ustalenia współpracy z producentami systemów Mediquis i Simple.ERP.

W odniesieniu do migracji danych Zamawiający wprost podał, że *pełny zakres oraz sposób migracji danych omówiony będzie z wykonawcą w trakcie analizy wdrożeniowej*. Oznacza to, że na etapie ofertowania nie jest skonkretyzowany ani zakres danych do migracji, ani sposób wykonania tej migracji, a ustalenia w tym zakresie zostaną poczynione po zawarciu umowy. W tej sytuacji bezpodstawne jest twierdzenie, że wykonawca zobowiązany był przed złożeniem oferty zwrócić się do producenta systemu w celu nawiązania współpracy w zakresie migracji danych czy zgłosić go jako podwykonawcę. Ponadto, skoro na obecnym etapie nie wiadomo, jaki konkretnie zakres będzie miała migracja oraz w jaki sposób będzie przeprowadzana, trudno zanegować możliwość wykonania tej migracji bez zaangażowania producenta. Z pewnością brak takiej możliwości nie został przez Odwołującego wykazany. Za dowód na tę okoliczność nie może być uznana złożona przez Odwołującego umowa opieki technicznej, zobowiązująca do zachowania poufności wszelkich informacji pozyskanych przez strony w związku z realizacją umowy. Po pierwsze Zamawiający podniósł, że umowa ta już nie obowiązuje, a Odwołujący nie zanegował tej okoliczności. Niezależnie od tego – nie zostało wykazane, że migracja danych nie może zostać wykonana bez naruszenia postanowień dotyczących poufności. Zauważyć bowiem należy, że dane podlegające migracji są danymi Zamawiającego, a nie producenta systemu, Odwołujący nie wykazał natomiast, aby niemożliwe było wykonanie zamówienia bez naruszenia poufności informacji technicznych, technologicznych, ekonomicznych, finansowych, handlowych, prawnych czy organizacyjnych. Innych dowodów w tym zakresie Odwołujący nie przedstawił, w szczególności nie wykazał ani formalnych, ani technicznych okoliczności, w świetle których udział producenta systemu Mediquis jest niezbędny do wykonania migracji (a nie jedynie ułatwiający jej przeprowadzenie).

Podstawą twierdzeń o konieczności udziału producenta systemu w procesie migracji danych nie jest przywołana przez Odwołującego treść odpowiedzi na pytanie nr 186, w której Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych wymagań, ponad te wyrażone w SIWZ, a ponadto podał nazwę i dane kontaktowe podmiotu sprawującego opiekę serwisową u Zamawiającego, co ma charakter czysto informacyjny i mogło być podane na przykład na wypadek, gdyby wykonawca chciał współpracę z tym podmiotem nawiązać w celu ułatwienia sobie wykonania migracji danych, co nie może być utożsamiane z brakiem możliwości jej

wykonania samodzielnie, a tym bardziej z obowiązkiem zgłoszenia producenta jako podwykonawcy.

Dodatkowo jedynie warto zauważyć, że migracja danych jest standardowym elementem tego typu zamówień, a Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, że większość czy też istotna część z nich musi być realizowana z udziałem producenta systemu, z którego zamawiający korzystał wcześniej.

Nie można też nie zauważyć, że przyjęcie stanowiska Odwołującego o koniecznym udziale producenta systemu Mediquis (członka Konsorcjum Odwołującego) w wykonaniu migracji danych prowadziłyby de facto do wyłączenia lub istotnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu, Odwołujący mógłby bowiem uniemożliwiać lub co najmniej utrudniać innym wykonawcom uzyskanie zamówienia. Wobec braku w postanowieniach SIWZ podstaw do prezentowanego przez Odwołującego stanowiska, zarzuty odwołania w tym zakresie należy poczytać jedynie za próbę korzystnego dla Odwołującego ukształtowania przebiegu i wyniku postępowania, nie zaś za dążenie do ochrony Odwołującego przed działaniami Zamawiającego niezgodnymi z prawem.

Analogicznie ocenić należy kwestię udziału producenta Simple.ERP w integracji systemów. Również w tym zakresie postanowienia SIWZ nie nakładają na wykonawcę żadnych obowiązków obciążających go na etapie ofertowania. Nawet gdyby przyjąć, jak podnosił Odwołujący, że pkt 1.2.37 załącznika nr 4 do SIWZ mówiący o doprecyzowaniu zasad integracji podczas analizy przedwdrożeniowej, nie odnosi się do systemu Simple.ERP, nie przesądza to o obowiązku określenia zasad tej integracji (w tym udziału producenta integrowanego systemu) już na etapie składania oferty. Obowiązek taki spoczywałby na wykonawcy wyłącznie w przypadku wyraźnego wyartykułowania go w postanowieniach SIWZ. Zauważyć jednak należy, że sposób sformułowania punktu 1.2.37 załącznika nr 4 do SIWZ (tj. ujęcie w jednym postanowieniu informacji o konieczności integracji z systemem Simple.ERP i informacji o doprecyzowaniu zasad integracji podczas analizy przedwdrożeniowej) może wskazywać, że intencją Zamawiającego było przeniesienie ustaleń w tym zakresie na etap realizacji (analizy przedwdrożeniowej). Wobec takich postanowień SIWZ trudno oczekiwać od wykonawcy, który nie wie, czy uzyska zamówienie, nawiązywania współpracy z podmiotem, z którym konkuruje na rynku, jedynie w celu uniknięcia zarzutów czy wątpliwości dotyczących etapu realizacyjnego zamówienia.

Podobnie jak w przypadku migracji danych, również i w zakresie integracji systemów, Odwołujący bezzasadnie wywodzi podstawę do swoich zarzutów z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego do treści SIWZ. Odpowiedź na pytanie nr 89 potwierdza tylko, że koszty integracji obciążają wykonawcę. Jediną wytyczną płynącą z tej odpowiedzi dla

wykonawców na etapie składania oferty jest konieczność skalkulowania tych kosztów w cenie oferty. Nie oznacza to jednak konieczności skalkulowania w tej cenie udziału producenta systemu w wykonaniu integracji, konieczność takiego udziału po pierwsze nie wynika z SIWZ, po drugie – nie wynika z żadnych z okoliczności prawnych lub faktycznych (żadna z takich okoliczności nie została przez Odwołującego wykazana). Złożone przez Odwołującego dowody w postaci oświadczeń Dyrektora Handlowego Sektora Publicznego spółki Simple dowodzą jedynie, że Przystępujący nie kontaktował się z tą spółką w celu nawiązania i ustalenia warunków współpracy, co jest okolicznością niemającą znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy wobec niewykazania, że nawiązanie tej współpracy było niezbędne do złożenia oferty. Z kolei co do przedstawionej w jednym z tych oświadczeń informacji, zgodnie z którą integracja wymaga ścisłej współpracy producentów systemów, podkreślić należy, że nie oznacza to konieczności nawiązania i sformalizowania tej współpracy przed złożeniem oferty. Ponadto współpraca producentów nie musi przybrać formy podwykonawstwa. Na marginesie zauważyć należy, że ww. oświadczenie pochodzi od podmiotu, który konkuruje na rynku z Przystępującym, nie jest więc podmiotem niezainteresowanym sytuacją Przystępującego.

Warto też zauważyć, że integracja nowego systemu informatycznego z systemami działającymi u zamawiających, jest typowym elementem podobnych zamówień i jest standardowo realizowana przez dostawców nowego systemu. Dodatkowo, uzależnienie złożenia oferty od uzyskania oferty Simple.ERP dałoby temu wykonawcy przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami i pozwoliło wpłynąć na wynik postępowania.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wymagania dotyczące migracji danych i integracji z systemem posiadanym przez Zamawiającego dotyczyły etapu realizacji zamówienia, a wykonawcy składając ofertę wzięli na siebie zobowiązanie do wykonania tych elementów przedmiotu zamówienia. Zobowiązanie to stanowi ryzyko biznesowe wykonawców, którzy biorą je na siebie uwzględniając własne możliwości wynikające z ich wiedzy i doświadczenia, możliwości technicznych, wyboru sposobu migracji danych i integracji systemów, a niewywiązanie się z niego skutkować będzie odpowiedzialnością kontraktową. Dodatkowo nie sposób twierdzić, że Przystępujący z pomocy producentów systemów z pewnością nie skorzysta, pomoc tę może zorganizować na etapie realizacji, jeśli okaże się to przydatne lub nawet konieczne. Na etapie składania oferty wykonawcy musieli to ryzyko oszacować, a także uwzględnić w cenie oferty koszty wszystkich opisanych przez Zamawiającego elementów zamówienia. Nie musiało to jednak polegać na wliczeniu do ceny oferty udziału innych podmiotów w wykonywaniu zamówienia. Podkreślenia wymaga przy tym, że prawidłowość kalkulacji ceny nie została przez Odwołującego zakwestionowana, nie podniósł on zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty lub jej istotnych elementów

składowych, zatem kwestia, czy Przystępujący należycie oszacował wysokość kosztów związanych z migracją danych i integracją systemów nie mogła być przedmiotem oceny Izby.

Biorąc powyższe pod uwagę brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego była niezgodna z SIWZ. Ponadto za całkowicie chybiony należy uznać zarzut dotyczący niezgodności oferty Przystępującego z ustawą w związku z zaofiarowaniem świadczenia niemożliwego. Podkreślenia wymaga, że niemożliwość świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 Kc dotyczy niemożliwości o charakterze obiektywnym, nie zaś niemożliwości subiektywnej, w tym przypadku leżącej po stronie danego wykonawcy. Niemożliwość świadczenia zachodzi wówczas, gdy świadczenia w ogóle nie można wykonać, nie zaś w sytuacji, gdy dany wykonawca nie jest go w stanie wykonać. Już z tego powodu przedmiotowy zarzut należy uznać za niezasadny. Niezależnie od powyższego, jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, niemożliwość wykonania świadczenia przez Przystępującego nie została wykazana. Odnosząc się natomiast do zarzucanego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stwierdzić należy, że w odwołaniu nie sposób dopatrzeć się uzasadnienia tego zarzutu, w tym wskazania, na czym polegało wyczerpanie znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Z kolei w kwestii naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że dotyczy on informacji dotyczących niepodlegania wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Oświadczenie o samodzielnej realizacji zamówienia nie może więc być uznane za informację wprowadzającą w błąd w rozumieniu tego przepisu. Niezależnie od powyższego nie sposób twierdzić, że Zamawiający w jakimkolwiek zakresie został wprowadzony w błąd przez podanie tej informacji. Po pierwsze nie zostało wykazane, że Przystępujący nie wykona zamówienia samodzielnie, po drugie Odwołujący bezpodstawnie założył, że wsparcie ze strony producentów systemów może mieć wyłącznie formę podwykonawstwa.

Zarzuty w zakresie informacji dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem VI.2 SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznych i zawodowych zostanie spełniony m.in. jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał co najmniej jedno zamówienie zrealizowane dla jednostki ochrony zdrowia, o wartości minimum 1 500 000,00 zł brutto, którego przedmiotem była:

- dostawa, instalacja i konfiguracja sprzętu komputerowego obejmującego min. serwery, stacje robocze i sprzęt peryferyjny,
- dostawa i wdrożenie wraz z serwisem systemu informatycznego obsługującego działalność szpitala w zakresie w cz. medycznej (HIS) obejmującej m.in. rozliczenia z płatnikami (w tym NFZ), ruch chorych, przychodnię, blok operacyjny, zlecenia, aptekę, apteczki oddziałowe.
- minimalny okres świadczonej nieprzerwanie usługi: min. 24 miesiące;
- minimum 200 stanowisk komputerowych z zainstalowanym oprogramowaniem aplikacyjnym klasy HIS w danej jednostce ochrony zdrowia. Systemy obejmują co najmniej następujące moduły ; Ruch Chorych (Izba Przyjęć, Oddział, Statystyka Medyczna, Obsługa Kontraktów), Apteka Szpitalna, Apteczka Oddziałowa, Blok Operacyjny, Zlecenia, Dokumentacja Medyczna, Laboratorium.
- minimum 200 stanowisk komputerowych objętych serwisem w danej jednostce ochrony zdrowia;
- minimum 6 fizycznych serwerów objętych serwisem w danej jednostce ochrony zdrowia;
- minimum 200 użytkowników systemów klasy HIS w danej jednostce ochrony zdrowia;
- minimalna ilość pracowników Wykonawcy świadcząca usługi na terenie danego Zamawiającego to 3 osoby;

Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz dostaw/usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których prace te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te dostawy i usługa zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy prace zostały wykonane i prawidłowo ukończone.

Na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący złożył wykaz, w którym na potwierdzenie spełniania ww. warunku wskazał *Projekt e-usługi w SPZZOZ w Wyszakowie* o wartości 3.627.602,19 zł brutto. Podał, że projekt ten obejmował:

- dostawę i wdrożenie wraz z serwisem systemu informatycznego obsługującego działalność szpitala w zakresie w cz. medycznej (HIS) obejmującej m.in. rozliczenia z płatnikami (w tym NFZ), ruch chorych, przychodnię, blok operacyjny, zlecenia, aptekę, apteczki Oddziałowe,
- minimalny okres świadczonej nieprzerwanie usługi: min. 24 miesiące,
- ponad 200 stanowisk komputerowych z zainstalowanym oprogramowaniem aplikacyjnym klasy HIS. System obejmuje m.in. następujące moduły: Ruch Chorych

(Izba Przyjęć, Oddział, Statystyka Medyczna, Obsługa Kontraktów), Apteka Szpitalna, Apteczka Oddziałowa, Blok Operacyjny, Zlecenia, Dokumentacja Medyczna, Laboratorium,

- ponad 200 stanowisk komputerowych objętych serwisem w danej jednostce ochrony zdrowia,
- ponad 6 fizycznych serwerów objętych serwisem w danej jednostce ochrony zdrowia,
- ponad 200 użytkowników systemów klasy HIS w danej jednostce ochrony zdrowia,
- ponad 3 pracowników Wykonawcy świadczące usługi na terenie danego Zamawiającego.

Jako okres wykonywania zamówienia Przystępujący podał 18 maja 2017 r. – 31 marca 2018 r.

Pismem z 27 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia wykazu dostaw/usług i wskazał, że w złożonym pierwotnie wykazie nie potwierdzono minimalnego okresu świadczonej nieprzerwanie usługi (24 miesiące).

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wyjaśnił, że zamówienie na rzecz SPZZOZ w Wyszkanie spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, gdyż umowa referencyjna miała przewidywać wykonywanie usługi serwisu przez co najmniej 24 miesiące, ale nie było wymagane, aby ten 24-miesięczny serwis był już zrealizowany. Niezależnie od powyższego Przystępujący złożył nowy wykaz, w którym podał dodatkowo zamówienie zrealizowane w okresie od 30 czerwca 2011 r. do 31 maja 2017 r. na rzecz SPZZOZ w Mińsku Mazowieckim (projekt *Zakup i wdrożenie systemu eZOZ wraz z CPWI w lokalizacji Szpitala Powiatowego i Przychodni Lekarskiej w Miński Mazowieckim*).

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- pkt 12: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia,
- pkt 16: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
- pkt 17: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na

decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do kwestii zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że podstawą do analizy, czy należało te przepisy zastosować jest stwierdzenie, że wykonawca przedstawił informacje niezgodne ze stanem rzeczywistym. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie takie informacje nie zostały podane. Zauważyć należy, że w treści wykazu złożonego na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący podał wprost informację, że zamówienie na rzecz SPZZOZ w Wyszku realizował w okresie od 18 maja 2017 r. do 31 marca 2018 r., zatem w okresie krótszym niż 24 miesiące. Nie sposób więc stwierdzić, na czym miałyby w tym przypadku polegać wprowadzenie Zamawiającego w błąd, podana informacja – zgodnie ze stanem faktycznym – potwierdzała bowiem, że okres wykonanej usługi serwisowej w umowie referencyjnej był krótszy niż 24 miesiące. Kwestią zupełnie odrębną jest natomiast to, czy w związku z czasem trwania zrealizowanej usługi umowa ta potwierdzała spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Podobnie ocenić należy informacje dotyczące zakresu zamówienia i uwzględnienia w nim liczby stanowisk komputerowych i serwerów przekazanych SPZZOS w Wyszku na podstawie umów użyczenia. Zauważenia wymaga, że Przystępujący nie podał w wykazie informacji, że dostawy zrealizowane były na podstawie jednej umowy, tj. umowy DEZ/P/342/65/2017, ZP-26/1017 z 18 maja 2017 r. W kolumnie *Rodzaj i zakres wykonanych usług/robót* Przystępujący podał informację, że zrealizował projekt *E-usługi w SPZZOZ w Wyszku*, w ramach którego dostarczył określoną liczbę stanowisk komputerowych i serwerów, co Odwołujący bezpodstawnie utożsamiał z oświadczeniem, że dostawa tej ilości sprzętu wykonana była na podstawie jednej umowy. Takiego oświadczenia Przystępujący nie złożył. Odwołujący nie wykazał, że dostawa dodatkowego sprzętu na podstawie umów użyczenia nie wchodziła w zakres *projektu*, wręcz przeciwnie – umowy użyczenia, które Odwołujący złożył, odnoszą się w swej treści do umowy z 18 maja 2017 r. (w § 3 ust. 1 tych umów znajduje się informacja, że umowa użyczenia jest związana z wdrożeniem systemu w ramach umowy DEZ/P/342/65/2017, ZP-26/1017 z 18 maja 2017 r.).

Wobec tego, że żadne z oświadczeń Przystępującego nie zawiera informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, zarzut niezastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp należy uznać za bezzasadny.

Odnosząc się natomiast do kwestii wykazania za pomocą ww. projektu, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, należy zwrócić uwagę na całkowicie pominiętą przez Odwołującego okoliczność, że Przystępujący złożył – na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – nowy wykaz, w którym podał

zamówienie zrealizowane na rzecz SPZZOZ w Mińsku Mazowieckim pn. *Zakup i wdrożenie systemu eZoz wraz z CPWI w lokalizacji Szpitala Powiatowego i Przychodni Lekarskiej w Miński Mazowieckim*. Jak oświadczył Zamawiający, właśnie to zamówienie zostało przez niego uznane za wykazujące spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym spór o to, czy zamówienie na rzecz SPZZOZ w Wyszkanie wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu (tj. czy zamówienie referencyjne musiało obejmować zrealizowaną w okresie 24 miesięcy usługę gwarancji, jak również czy musiało zostać wykonane na podstawie jednej umowy), jest bezprzedmiotowy, a złożone przez Odwołującego dowody mające wykazać, że zamówienie na rzecz SPZZOZ w Wyszkanie nie potwierdzało spełniania warunku udziału w postępowaniu – zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy. Skoro w pierwszym wykazie Przystępujący nie podał informacji wprowadzających w błąd, to nawet gdyby nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, należy mieć na uwadze, że złożył drugi wykaz, a zamówienie z tego uzupełnionego wykazu nie zostało przez Odwołującego zakwestionowane. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Przystępujący, składając na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp drugi wykaz, potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu, nie podlegał zatem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....