

**Sygn. akt: KIO 2528/18**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 19 grudnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Bartosz Stankiewicz**

**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 19 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2018 r. przez wykonawcę: Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Kutnowski Szpital Samorządowy sp. z o. o., ul. Kościuszki 52, 99-300 Kutno

przy udziale:

A. wykonawcy SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2528/18 po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2528/18 po stronie Odwołującego,

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:.....**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Kutnowski Szpital Samorządowy sp. z o. o., ul. Kościuszki 52, 99-300 Kutno wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest modernizacja sieci teleinformatycznej, dostawa i wdrożenie Infrastruktury sprzętowej i oprogramowania ZSI w ramach projektu pn. „wdrożenie elektronicznej dokumentacji medycznej w kutnowskim szpitalu samorządowym” realizowanego w ramach oś priorytetowa VII infrastruktura dla usług społecznych, działanie VII.1 technologie informacyjno-komunikacyjne, poddziałanie VII.1.2 technologie informacyjno - komunikacyjne przez Kutnowski Szpital Samorządowy spółka z o.o. w Kutnie, na podstawie Umowy o dofinansowanie projektu Nr UDA-RPLD.07.01.02 - 10-0044/17-00 w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2014-2020 pod numerem postępowania: ZP/19/18.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 27 listopada 2018r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 521112-2018-PL.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ Odwołujący: Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków w dniu 7 grudnia 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na:

1) opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym wzoru umowy) w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję, ponadto - w szczególności w odniesieniu do obowiązków Wykonawcy w zakresie danych osobowych - z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów krajowych i unijnych dotyczących ochrony danych osobowych,

2) żądaniu dostarczenia próbki systemu na zasadach, które uniemożliwiają jej obiektywną i rzetelną ocenę przez Zamawiającego, żądaniu dostarczenia wraz z próbką bliżej nieokreślonych elementów systemu oceny bólu, w tym pilota monitoringu bólu,

3) bezzasadnemu wprowadzeniu rygoru odrzucenia oferty w przypadku gdy Zamawiający w toku oceny ofert stwierdzi brak potwierdzenia przedłożonych informacji oczekiwanych w kolumnie „Sposób prezentacji wymogu” dowolnego wymogu zawartego w Tabeli nr 2 (w przypadku zaznaczenia TAK),

- 4) zaniechaniu podziału zamówienia na części, mimo takiego obowiązku,

Zarzucał Zamawiającemu naruszenie (szerzej opisane w uzasadnieniu odwołania):

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania wyczerpującej i precyzyjnej informacji dotyczącej obszarów funkcjonalnych i urządzeń zewnętrznych, z jakimi Wykonawca ma obowiązek dokonać integracji, a także przerzucenie na wykonawcę kosztów i ryzyka współpracy przy integracji tych urządzeń z producentami systemów zewnętrznych bez podania w SI WZ w szczególności informacji, jakie to urządzenia oraz czy taka współpraca jest możliwa i zgodna z obowiązującymi Zamawiającego umowami z tymi producentami,

- 2) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania wyczerpujących i jednoznacznych informacji dotyczących danych, jakie Wykonawca ma obowiązek zmigrować,

- 3) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne żądanie dostarczenia przez Wykonawcę systemu ERP o dostępności co najmniej na poziomie 99%,

- 4) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 13 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez

- a. wymaganie przedstawienia próbki w sposób nierealny czyli o maksymalnym czasie 6 godzin, w których mają być zaprezentowane wszystkie funkcjonalności wymagane dla próbki, w sytuacji gdy tak krótki czas uniemożliwia zaprezentowanie i rzetelną ocenę znacznej liczby funkcji systemu,

- b. wprowadzenie zakazu nagrywania przebiegu prezentacji przez Wykonawcę, przy jednoczesnym braku obowiązkowego nagrywania przebiegu prezentacji przez Zamawiającego, co narusza także art. 8 ust. 1 PZP i wyrażoną w nim zasadę jawności,

- c. obowiązkowe dostarczenie przez Wykonawcę w ramach próbki bliżej nieokreślonych elementów systemu oceny bólu - w tym wskazanego już literalnie pilota monitoringu bólu, który jest urządzeniem drogim i niestandardowym,

- d. możliwość arbitralnego żądania przez Zamawiającego zmodyfikowania wartości parametrów bądź danych wprowadzanych do próbki systemu na wartości podane przez Zamawiającego,

- e. wprowadzenie rygoru odrzucenia oferty w przypadku gdy prezentowana próbka nie spełnia wymogów określonych jako funkcjonalności dodatkowe, czym także naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,

- 5) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36aa ust. 1 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców poprzez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób bezzasadnie ograniczający krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, polegające na zaniechaniu podziału zamówienia na części, jak również niedopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych,

6) art. 29 ust. 1 wzw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez żądanie oświadczeń producentów, o których mowa w treści uzasadnienia,

a. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego niejednoznacznie oraz nieprecyzyjnie, w sposób, który uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty, poprzez wskazanie w § 2 ust. 1 pkt 2 umowy, iż Wykonawca ma na każde wezwanie Zamawiającego brać udział w naradach zorganizowanych przez Zamawiającego dotyczących realizacji Umowy,

b. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z ustawą z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych - w szczególności art. 175 tej ustawy

- poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego sprzecznie z bezwzględnie obowiązującymi regulacjami w zakresie ochrony danych osobowych, poprzez wskazanie w § 4 ust. 3 umowy odesłania do nieobowiązującego aktu prawnego, a to ustawy z dnia 29 sierpnia 2017 r. o ochronie danych osobowych,

c. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z ustawą z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych oraz art. 28 poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego niejednoznacznie oraz nieprecyzyjnie, w sposób, który uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty, a także sprzecznie z bezwzględnie obowiązującymi regulacjami w zakresie ochrony danych osobowych poprzez wskazanie w § 4 ust. 3 in fine: Jednocześnie w przypadku, o którym mowa w zdaniu poprzednim, Strony zawrą dodatkową umowę o powierzeniu przetwarzania danych osobowych Wykonawcy bez dodatkowego (tj. wykraczającego poza wskazane w niniejszej Umowie) wynagrodzenia oraz zaniechanie udostępnienia Wykonawcy wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, co uniemożliwia Wykonawcy identyfikację, jakie wymagania stawia mu Zamawiający w zakresie ochrony danych osobowych, a bez wątplenia mają one znaczenie na sporządzenie (koszt) oferty.

d. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego sprzecznie z bezwzględnie obowiązującymi regulacjami w zakresie i w sposób, który może narazić wykonawcę na naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powołane zarzuty i ich uzasadnienie zawarte w dalszej części

odwołania, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z żądaniem określonym w uzasadnieniu odwołania.

Pismem z dnia 17 grudnia 2018r., które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie oświadczając, że uwzględni w całości odwołanie i zarzuty w nim przedstawione oraz wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że do chwili obecnej do Izby nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust.2 zd.1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art.186 ust.2 zd.1 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z art.185 ust.2 zd. 1 cyt. ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

W niniejszej sprawie zgłoszenie takie nie zostało skutecznie dokonane po stronie Zamawiającego.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art.186 ust.6 pkt 1 ustawy Pzp i § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Z wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, a jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy albo rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron, Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.

W niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło w okolicznościach, o których mowa w ust.2 art.186 ustawy Pzp, a w takiej sytuacji w myśl ust.6 pkt 1 powyższego przepisu koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.186 ust.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:.....**

.....

.....