

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17 a
02-676 Warszawa

**Zamawiający: Uniwersyteckie Centrum Medycyny Morskiej
i Tropikalnej**

ul. Powstania Styczniowego 9b, 81-519 Szczecin
e-mail: dzp@ucmmit.gdynia.pl

Odwołujący: SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

ul. Bronisława Czecha 49/51, 04-555 Warszawa
e-mail: przetargi@simple.com.pl
reprezentowana przez
Marek Kociński - Pełnomocnik

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wdrożenie EDM i usług z zakresu e-zdrowia oraz telemedycyny w Uniwersyteckim Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej w Gdyni”. Numer referencyjny: 16/UCMMiT/PN/2020.

Odwołanie Wykonawcy

Przedmiot zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i wdrożenie systemu informatycznego w Uniwersyteckim Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej w Gdyni. Przedmiot zamówienia obejmuje: Zadanie I. Wdrożenie i integracja SSI (Szpitalnego Systemu Informatycznego) składającego się z systemów HIS, ERP, EOD oraz integracją z posiadanymi systemami: RIS/PACS, medycyna pracy (lub ich wymiana w ramach SSI); integracja z systemami centralnymi (P1) oraz z systemem regionalnym; integracja z pozostałymi posiadanymi systemami (wg opisu w OPZ), wdrożenie e-usług, Zadanie II Dostawa, wdrożenie i integracja z SSI systemu podpisu biometrycznego.

Miejsce i data publikacji ogłoszenia o zamówieniu:

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 252-636654 w dniu 28.12.2020 r. oraz na platformie zakupowej Zamawiającego pod adresem: https://platformazakupowa.pl/pn/ucmmit_gdynia.

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego, na podstawie przepisu art. 505 ust. 1 w związku z art. 513 pkt 1 i 2 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej „nPzp”, niniejszym wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wdrożenie EDM i usług z zakresu e-zdrowia oraz telemedycyny w Uniwersyteckim Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej w Gdyni”, zwane dalej „Postępowaniem”, prowadzonym przez Zamawiającego – Uniwersyteckie Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej, od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień



publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „dPzp”, czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1) zaniechaniu przedłużenia terminu składania ofert i dokonaniu ich otwarcia pomimo, iż zachodziły przesłanki do przedłużenia wspomnianego terminu w postaci zmiany SIWZ z uwagi na konieczność wprowadzenia zmian w ofertach wykonawców;
- 2) zaniechaniu unieważnienia postępowania pomimo jego nieusuwalnej wadliwości.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 38 ust. 6 zw. z art. 7 ust. 1 dPzp przez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert i dokonania ich otwarcia w sytuacji opublikowania, odpowiednio w dniu 22 i 23 lutego 2021 r. przed terminem składania ofert tj. dniem 24 lutego 2021 r. (wyznaczonym na godzinę 10:00) wyjaśnień treści SIWZ, które mogły mieć wpływ na identyfikację przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji przez wykonawców oraz nowych załączników do SIWZ, w tym formularza ofertowego i wzoru JEDZ, co stanowiło w istocie zmianę SIWZ implikującą udzielenie wykonawcom dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w przygotowanych ofertach, a zaniechanie to naruszyło konkurencję między wykonawcami, bezzasadnie uniemożliwiając Odwołującemu dokonanie wspomnianych zmian w swojej ofercie, a tym samym, jej złożenie;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 dPzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy otwarcie ofert w postępowaniu, w którym z winy Zamawiającego jeden z potencjalnych wykonawców nie mógł należycie przygotować, a następnie złożyć swojej oferty jest okolicznością stanowiącą niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wszystkich czynności podjętych w postępowaniu, w tym otwarcia ofert oraz unieważnienia postępowania;
- 2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W razie uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności, o których mowa we wnioskach wskazanych powyżej.

Legitymacja do wniesienia odwołania:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wdrażania systemów informatycznych dla podmiotów publicznych jest potencjalnym wykonawcą tego zamówienia. Na skutek zaniechania przez Zamawiającego dokonania przepisanej prawem czynności w postaci przedłużenia terminu składania ofert wobec zmodyfikowania SIWZ, Odwołujący nie zdołał przygotować odpowiednich zmian w swojej ofercie, a tym samym nie złożył jej Zamawiającemu. Dążąc do unieważnienia czynności otwarcia ofert i unieważnienia postępowania, Odwołujący chce umożliwić sobie złożenie oferty w powtórzonym postępowaniu w tym samym przedmiocie, w czym należy upatrywać jego interesu w uzyskaniu zamówienia. Szkodą jakiej może doznać Odwołujący jest strata wynagrodzenia jakie mógłby uzyskać z tytułu realizacji zamówienia w przypadku, gdy mógł złożyć swoją, prawidłowo przygotowaną ofertę.



Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest:

- 1) *Zadanie I. Wdrożenie i integracja SSI (Szpitalnego Systemu Informatycznego) składającego się z systemów HIS, ERP, EOD oraz integracją z posiadanymi systemami: RIS/PACS, medycyna pracy (lub ich wymiana w ramach SSI); integracja z systemami centralnymi (P1) oraz z systemem regionalnym; integracja z pozostałymi posiadanymi systemami (wg opisu w OPZ), wdrożenie e-usług;*
- 2) *Zadanie II Dostawa, wdrożenie i integracja z SSI systemu podpisu biometrycznego.*

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 28 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonywał wielokrotnie zmiany treści SWZ, w tym m.in. w dniu 27.01.2021 r., w dniu 03.02.2021 r., w dniu 05.02.2021 r., czy w dniu 08.02.2021 r. W wyniku przedmiotowych zmian, Zamawiający zmodyfikował m.in. warunki udziału w postępowaniu czy opis przedmiotu zamówienia. Wspomniane zmiany w znacznym zakresie zmodyfikowały treść SIWZ.

Ostatecznie, Zamawiający ustanowił termin składania ofert na dzień 24.02.2021 r.

Mając na względzie sygnalizowany wcześniej zakres zmian SIWZ, treść dokumentacji postępowania budziła wiele wątpliwości interpretacyjnych, co skutkowało skierowaniem do Zamawiającego szeregu wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, dotyczących postanowień opisu przedmiotu zamówienia, w tym wymaganych funkcjonalności zamawianego systemu koniecznych do zaimplementowania również w składanej w postępowaniu próbcie, co niewątpliwie stanowi istotny czynnik kosztotwórczy.

W dniu 22.02.2021 r., o godz. 14:57, Zamawiający opublikował wyjaśnienia treści SIWZ, dotyczące m.in. wspomnianych funkcjonalności, wymagań dot. bazy danych czy serwerów, języków obcych w jakich działać ma zamawiany system oraz wymagań dot. próbki systemu. Wraz z tymi wyjaśnieniami, Zamawiający opublikował zmieniony załącznik nr 1 do SIWZ – Formularz ofertowy. Wyjaśnienia te stanowiły w istocie również modyfikację dokumentacji postępowania.

Następnie, w dniu 23.02.2021 r., o godz. 13:44 Zamawiający opublikował kolejne wyjaśnienia treści SIWZ, które dotyczyły wątpliwości zrodzonych na gruncie wyjaśnień z dnia 22.02.2021 r. Wnioskujący Wykonawca zwrócił uwagę na niespójność pomiędzy zmienioną treścią OPZ, a treścią formularza ofertowego, wnioskując jednocześnie o wyjaśnienie tej niespójności, poprawienie formularza oraz zmianę terminu składania ofert. Zamawiający, wyjaśniając treść SIWZ nie przedłużył jednak terminu składania ofert.

Biorąc pod uwagę, że powyższe zmiany i wyjaśnienia miały znaczny wpływ na przygotowanie oferty Odwołującego i generowały konieczność wprowadzenia w niej zmian, Odwołujący, nie mogąc, z uwagi na krótki okres do upływu terminu składania ofert, należycie przygotować swojej oferty, wystąpił w dniu 24.02.2021 r. do Zamawiającego o przedłużenie terminu składania ofert. Zamawiający nie zadośćuczynił wspomnianemu wezwaniu wobec czego Odwołujący nie złożył swojej oferty, a Zamawiający dokonał otwarcia ofert złożonych w postępowaniu przez innych wykonawców.



Jak stanowi przepis art. 38 dPZP: *Jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.* Powyższy przepis stanowi realizację jednej z naczelnych zasad ustawy dPZP, a więc zasady równego traktowania wykonawców i zapewniania uczciwej konkurencji o której mowa w art. 7 ust. 1 dPZP. Korelacja tych przepisów była niejednokrotnie przedmiotem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: *Termin składania ofert, w związku ze zmianą treści siwz, powinien być przedłużony przez zamawiającego o taki czas, który zapewni zachowanie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że okres, o jaki przedłużony zostaje termin składania ofert, powinien zapewniać, że wszyscy potencjalni wykonawcy będą dysponować wystarczającym czasem na dokonanie analizy zmian siwz, analizy ich wpływu na dotychczas przyjęte w ramach przygotowywanych ofert założenia, analizy zakresu koniecznych zmian w przygotowywanych ofertach, na dokonanie tych zmian oraz na dokonanie ponownej wyceny ofert. Jednocześnie, zgodnie z ww. zasadą, przedłużony termin składania ofert musi być wystarczająco długi, aby nie faworyzować żadnego z wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie.* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r. KIO 187/18).

W praktyce niekwestionowanym jest, że Zamawiający może w trybie wyjaśnień treści SIWZ dokonywać jej zmiany, co zresztą jest dość powszechnym. Należy też wskazać, że nawet bez literalnej zmiany treści dokumentacji postępowania, wyjaśnienia treści SIWZ pozwalają na odpowiednie zrozumienie intencji, zamiarów i oczekiwań gospodarza postępowania co w istocie prowadzi w pewnych wypadkach do zmian interpretacji treści dokumentacji postępowania, którą można równać z jej zmianą. Skoro bowiem, podobnie jak literalna zmiana SIWZ (zmiana *sensu stricto*), także wyjaśnienia do niej, implikują zmiany w treści ofert ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców, nie sposób nie traktować ich jako modyfikacji dokumentacji postępowania (*sensu largo*). Prowadzić to powinno do wniosku, zwłaszcza w świetle przytoczonych, uregulowanych w przepisie art. 7 ust. 1 dPZP zasad prawa zamówień publicznych, że również w sytuacji w której treść wyjaśnień do SIWZ prowadzi do konieczności dokonania przez wykonawców zmian w przygotowanych ofertach, obowiązkiem Zamawiającego będzie przedłużenie terminu składania ofert.

W przedmiotowym stanie faktycznym, w przypadku zmian z dnia 22 i 23 lutego 2021 r. mieliśmy do czynienia zarówno ze zmianami SIWZ *sensu stricto*, jak i *sensu largo*. Zamawiający zmienił bowiem wymagania w zakresie baz danych, czy niektóre wymagania funkcjonalne lub też wyjaśnił swoje oczekiwania w tym zakresie, czy w zakresie wymagań dot. próbki oraz serwerów, kształtując w ten sposób pełny obraz opisu przedmiot zamówienia. W takim stanie rzeczy, Zamawiający, wbrew swojemu obowiązkowi, pomimo dwukrotnych próśb ze strony wykonawców, nie dokonał modyfikacji terminu składania ofert, czym pozbawił Odwołującego możliwości wniesienia prawidłowo przygotowanej i skalkulowanej oferty co uważać trzeba jako zaniechanie uprawniające go skorzystania ze środka ochrony prawnej. Jak wskazuje się w orzecznictwie: *KIO także uznała, że wyjaśnienie, które uniemożliwia wykonawcy złożenie oferty możliwej do złożenia na podstawie pierwotnej treści siwz, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia* (art. 192 ust. 2 ustawy p.z.p.) (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2011 r. KIO 836/11).

Co zdecydowanie przemawia za naruszeniem przez Zamawiającego przytoczonych wyżej norm to fakt, że pomiędzy wspomnianymi zmianami i wyjaśnieniami, stanowiącymi *de facto* zmianę SIWZ, a terminem składania ofert, upłynął w zasadzie jeden dzień, a termin taki, co przesądzało w orzecznictwie Izby, uznać trzeba za zdecydowanie niewystarczający: *Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że termin na składanie ofert, po opublikowaniu zmiany w treści SIWZ, wynoszący*



jeden dzień jest wystarczający, skoro zmiany dotyczą tak kluczowego zagadnienia, jakim jest opis przedmiotu zamówienia.(Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2014 r. KIO/KD 36/14).

Wskazano już wyżej, że samo nieprzedłużenie terminu składania ofert stanowiło naruszenie przepisów dPZP. Nie można jednak stracić z pola widzenia faktycznego następstwa tego naruszenia, które zdecydowanie mogło mieć wpływ na finalny wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, a mianowicie dokonania otwarcia przez Zamawiającego ofert, w sytuacji, gdy na skutek zaniechania jakiego dopuścił się Zamawiający, jeden z potencjalnych Wykonawców (Odwołujący) nie złożył swojej oferty. Taki właśnie skutek popełnionych przez Zamawiającego naruszeń implikuje wniosek niniejszego odwołania opiewający na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Charakter czynności otwarcia ofert, jako czynności faktycznej ma swoje następstwo w postaci jej jednorazowości i niepowtarzalności (por. wyrok KIO z dnia 12 października 2009 r., KIO/UZP 1344/09, wyrok KIO dnia 4 lipca 2016 r., KIO 1096/16, wyrok SO w Warszawie z dnia 2 lutego 2010 r., V Ca 2601/09). Wobec tego, wszelkie naruszenia proceduralne, skutkujące nieprawidłowościami związanymi z otwarciem ofert prowadzić powinny do unieważnienia postępowania: *W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że błędy zamawiającego popełnione przy otwarciu ofert, będącym czynnością faktyczną, powodują obowiązek unieważnienia postępowania* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2017 r. KIO 554/17).

Upatrując konwalidacji dokonanego przez Zamawiającego naruszenia jedynie w takim rozstrzygnięciu, wnoszę jak w *petitum*.

Odwołujący uzupełniająco uzasadnia w tym miejscu dochowanie terminu na wniesienie odwołania. Należy wskazać, że pierwsza zmiana SIWZ, w związku z którą nie nastąpiło przesunięcie terminu składania ofert miała miejsce w dniu 22 lutego 2021 r. Wobec tego, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Odwołujący właśnie od tej daty liczył 10 dniowy termin na wniesienie odwołania, który upływa w dniu 4 marca 2021 r.

Biorąc pod uwagę powyższe wnoszę jak w *petitum*.

Dokument opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do reprezentacji

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z odpisem KRS
- 2) potwierdzenie uiszczenia opłaty skarbowej;
- 3) potwierdzenie uiszczenia wpisu;
- 4) potwierdzenie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

