

Warszawa, dnia 18 października 2023 r.

OZNACZENIE ORGANU

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa

OZNACZENIE ODWOŁUJĄCEGO

EMCA S.A.,
ul. Wiejska 20, 00-490 Warszawa,
[e-mail: zarzad@emca.pl](mailto:zarzad@emca.pl)
Tel: (22) 625 39 40
Fax. (22) 622 85 88
KRS 0000018541

OZNACZENIE ZAMAWIAJĄCEGO

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sulęcinie
ul. Witosa 7
69 – 200 Sulęcín,
e-mail: sekretariat@szpital-sulecin.pl
tel. (95) 755 24 32
fax. (95) 755 21 57

OKREŚLENIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Przedmiotem zamówienia jest podniesienie poziomu bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Sulęcinie.

Numer sprawy Zamawiającego: ZP/P/12/2023

WSKAZANIE CZYNNOŚCI LUB ZANIECHANIA CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO, KTÓREJ ZARZUCA SIĘ NIEZGODNOŚĆ Z PRZEPISAMI USTAWY:

Zawiadomienie z dnia 13 października 2023 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (określana dalej jako **p.z.p.** lub **ustawa**) oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty na podstawie art. 253 ustawy.

ZWIĘZŁE PRZEDSTAWIENIE ZARZUTÓW

1. Zarzut naruszenia **art. 253 ust. 1 pkt 2** w zw. z **art. 18 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych poprzez brak podania w informacji po wyborze oferty uzasadnienia

faktycznego i prawnego dla wykonawców, których oferty zostały odrzucone.

2. Zarzut naruszenia **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsulatant IT Sp. z o.o. pomimo niespełnienia przez nią warunków postępowania.
3. Zarzut naruszenia **art. 253 ust. 1 w zw. art. 239 ust. 1** ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona.
4. Zarzut naruszenia **art. 16 ust. 1** ustawy poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiającą złożenie oferty wyłącznie przez jednego Wykonawcę, a tym samym naruszając zasady zachowania uczciwej konkurencji.

WNIOSEK (ŻĄDANIE) CO DO ROZSTRZYGNIĘCIA ODWOŁANIA:

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody skutkiem niezgodnych z ustawą P.z.p. czynności Zamawiającego, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
2. unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Konsulatant IT Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
3. na podstawie art. 522 ust. 1 p.z.p. uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w Odwołaniu,
4. w przypadku braku uwzględnienia wniosku z punktu 3 powyżej:
5. uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą Odwołania w całości na podstawie art. 554 ust. 1 pkt. 1) p.z.p.;
6. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

WSKAZANIE OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNYCH I PRAWNYCH ODWOŁANIA ORAZ

WSKAZANIE DOWODÓW NA ICH POPARCIE:

I. INTERES W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA ORAZ RYZYKO PONIESIENIA SZKODY

Odwołujący posiada wymagany mocą art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych interes w uzyskaniu zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania wszczętego przez Zamawiającego. Odwołujący złożył ofertę, a Zamawiający odrzucił ją bez wskazania przyczyny. W konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę poprzez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w toku wykonywania zamówienia. Odwołanie może bowiem wnieść każdy wykonawca, którego interes w uzyskaniu zamówienia może być zagrożony i który może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Podkreślić także należy, iż dla wykazania interesu nie

jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe potwierdzenie znajduje także zarówno w orzecznictwie KIO jak i TSUE, które przyjmują szerokie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia.

II. TERMIN DO WNIESIENIA ODWOŁANIA

Zamawiający 13 października 2023 r. zawiadomił wszystkich Wykonawców, którzy złożyli ofertę o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz na podstawie art. 253 ust. Zamawiający zawiadamia o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Zawiadomienie zostało zamieszczone na platformie. Tym samym, wnosząc odwołanie dnia 18 października 2023 r., po uprzednim przesłaniu jego kopii Zamawiającemu, Odwołujący uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit a. p.z.p. i dochował terminu do wniesienia odwołania.

III. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

1. Ogólna charakterystyka zamówienia.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsze odwołanie, jest podniesienie poziomu bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Sulęcinie. Przedmiot zamówienia realizowany jest w ramach zarządzenia nr 8/2023/BBIICD Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 16 stycznia 2023r. w sprawie finansowania działań w celu podniesienia poziomu bezpieczeństwa teleinformatycznego u świadczeniodawców (z późn. zm.)

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych o jakich stanowi art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605).

2. Uzasadnienie zarzutów

W zakresie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia:

W dniu 13 października 2023r. Zamawiający zamieścił na platformie zawiadomienie skierowane do wszystkich Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych pn. Podniesienie cyberbezpieczeństwa Szpitala Nr sprawy: ZP/P/12/23. Na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605.), Zamawiający zawiadamiał wszystkich Wykonawców, którzy złożyli ofertę o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz na podstawie art. 253 ust. Zamawiający zawiadomił o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Zamawiający ograniczył się jedynie do uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. W zakresie uzasadnienia prawnego powołany został art. 239 ustawy. Wskazano, iż w wyniku oceny oferty, dokonanej w oparciu o przyjęte kryterium w SWZ: a. Cena ofertowa brutto: 60 % (przyznanie punktacji po podstawieniu do wzoru $C = C_n / C_b \times 60$ gdzie C= ilość punktów przyznana badanej ofercie wg kryterium ceny; Cn- najniższa cena brutto za przedmiot zamówienia spośród ofert niepodlegających odrzuceniu; Cb- cena brutto badanej oferty; maksymalna ilość punktów : 60). b. Okres gwarancji za przedmiot zamówienia (zgodnie z zapisami rozdziału XIX SWZ): maksymalna ilość punktów 40. Uzasadnienie faktyczne ograniczone zostało do jednego zdania, iż „wybrany Wykonawca nie podlega wykluczeniu, przedstawili oferty najkorzystniejsze z punktu widzenia kryterium zgodnych z treścią SWZ”.

Zamawiający jest zobowiązany do dokonania kompleksowego i rzetelnego badania ofert pod kątem wystąpienia wszystkich przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy lub odrzuceniem złożonej przez niego oferty. O wynikach badania i oceny ofert powinien zawiadomić każdego wykonawcę, który złożył ofertę, podając m.in. wyczerpujące uzasadnienie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia złożonej przez niego oferty. Zgodnie z art. 253 ust. 1 Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Przekładając powyższe na niniejszą sprawę, należy podkreślić, iż Zamawiający zaniechał podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty. W konsekwencji naruszył w sposób istotny regulacje prawne ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Powyższe całkowicie pozbawia Odwołującego możliwości weryfikacji podstawy odrzucenia. Czynności podjęte przez Zamawiającego były zatem bezpodstawne, a odrzucenie Oferty Odwołującego nieuzasadnione. W dniu 12 października 2023 r.

Zamawiający („Wezwanie”) wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty. Odwołujący dokonał odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 13 października 2023 r. („Wyjaśnienia”), w którym udzielił klarownej odpowiedzi na wszystkie zagadnienia podniesione przez Zamawiającego.

Nawiązując do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2013 r. (KIO 918/13): Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie.

Jak uznała KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 961/11), „ (...) Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o wykluczeniu wykonawcy z dalszego postępowania przetargowego. Stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia. (...) Okoliczność spełniania bądź nie warunków udziału w postępowaniu musi wynikać z oceny dokumentów, a nie może być pozostawiona swobodnej ich interpretacji przez zamawiającego ani jego dobrej woli, lecz musi wynikać jednoznacznie z załączonych do wniosku dokumentów, a także ewentualnie z dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego. Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z dnia 2 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 126/10), „ (...) W piśmie informującym wykonawcę o wykluczeniu z postępowania, Zamawiający podając podstawę wykluczenia powinien wskazać zarówno podstawy prawne, jak i podstawy faktyczne wykluczenia. (...)”.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, Zamawiający, wykluczając wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia, w istocie poprzestał jedynie na ogólnych stwierdzeniach i w zasadzie w ogóle nie odnosi się do przedłożonych przez wykonawcę dokumentów. Tym samym, odwołujący nie ma wiedzy, co do tego, jakie konkretnie przyczyny uzasadniały w ocenie Zamawiającego wykluczenie go z postępowania przetargowego. Odwołujący nie wie, które konkretnie dokumenty przedłożone w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, zostały przez Zamawiającego zakwestionowane i jakie konkretnie zarzuty w stosunku do tych dokumentów legły u podstaw decyzji Zamawiającego. Z tego względu Odwołujący nawet nie jest w stanie w sposób konkretny i kompleksowy odnieść się do przyczyn będących podstawą wykluczenia go przez Zamawiającego z postępowania przetargowego.

Powyższe przywiodło odwołującego do konkluzji, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do braku należytego poinformowania wykonawcy przez zamawiającego o przyczynach faktycznych i prawnych wykluczenia, co stanowi naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy. Brak poinformowania o

przyczynach faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 p.z.p. i może stanowić istotne naruszenie uprawnień wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej, co może mieć znaczący wpływ na wynik postępowania (Wyrok KIO z 18.01.2012 r., KIO 30/12, LEX nr 1108895). Obowiązek informacyjny określony w **art. 253 ust. 1 pkt 2** ustawy P.z.p. stanowi przejaw realizacji zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (znajduje to potwierdzenie m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 sierpnia 2011 r. - sygn. akt KIO 1653/11). Brak uzasadnienie podjętej wobec wykonawcy czynności pozbawia tego wykonawcę możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Konsultant IT Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej

Na podstawie art. 284 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych do Zamawiającego w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych pn. Podniesienie cyberbezpieczeństwa Szpitala Nr sprawy: ZP/P/12/23 wpłynęły zapytania do SWZ. Na podstawie art. 284 ust.2 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający udziela następujących wyjaśnień.

*Pytanie nr 5 Załącznik nr 2 do SWZ, OPZ, Wymagania dodatkowe W związku z tym, że realizacja przedmiotu zamówienia wskazanego w Załączniku nr 2 do SWZ wiąże się z monitorowaniem krytycznych parametrów systemu HIS, z której wynika, że Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia będzie musiał zintegrować się z systemem HIS Eskulap (zaingerować w system) prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu musi wykazać się posiadaniem aktualnego dokumentu potwierdzającego posiadanie praw autorskich do szpitalnego systemu informatycznego – HIS Eskulap lub autoryzacji właściciela majątkowych praw autorskich firmy Nexus Polska Sp. z o. o., do w/ w systemu i dokument ten załączyć wraz z ofertą. Wyjaśnienie 5.: Zamawiający potwierdza, że Wykonawca składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu **musi wykazać się posiadaniem aktualnego dokumentu potwierdzającego posiadanie praw autorskich do szpitalnego systemu informatycznego i winien go załączyć do oferty.** Poprzez udzielenie przedmiotowej odpowiedzi na pytanie, Zamawiający na nowo sformułował zakres wymagań SWZ . W konsekwencji, podmiot składając ofertę musi posiadać aktualny dokument potwierdzający posiadanie praw autorskich. Należy zwrócić uwagę, iż oferta złożona przez Konsultant IT Sp. z o.o nie spełnia powyższego wymogu, gdyż w złożonej ofercie nie przedstawił dokumentu potwierdzającego posiadanie praw autorskich do szpitalnego systemu informatycznego, a jedynie autoryzację właściciela majątkowych praw autorskich firmy Nexus Polska Sp. z o. o.. Rekapitulując, w skutek ograniczenie zakresu poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie, która jest bezwzględnie wiążąca jako treść SWZ, Zamawiający winien odrzucić ofertę złożoną przez tego Wykonawcę.*

Z informacji, które uzyskał Odwołujący od firmy Nexus Polska Sp. z o. o. firma Konsultant IT jest jedynym

autoryzowanym partnerem w obszarze przedmiotowego systemu Eskulap i nie posiada praw autorskich do tej platformy. . Nadmienić także należy, iż Nexus Polska Sp. z o. o. jednoznacznie stwierdził, iż do realizacji takich wdrożeń nie jest potrzebna autoryzacja, a jednocześnie podkreślił, iż nie posiada także kompetencji, żeby takie certyfikaty wydawać w nawiązaniu do wdrożeń systemów bezpieczeństwa IT.

W niniejszej sprawie, nie sposób pominąć, iż produkt zaproponowany przez Odwołującego nie ingeruje w system Zamawiającego. Powyższe potwierdza producent zaoferowanego przez Wykonawcę rozwiązania. Z tego też względu brak jest uzasadnienia dla formułowania powyższych wymagań i przedmiotowych zapisów w SWZ.

Na marginesie przeprowadzonych wywodów, należy wskazać, iż powyższa praktyka była już stosowana w innych postępowaniach, w których oferty składał Konsultant IT Sp. z o.o.. Na kilka dni przed upływem terminu na składanie ofert, pojawiała się odpowiedź na pytanie obejmujące stwierdzenie, iż Wykonawca składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu musi wykazać się posiadaniem aktualnego dokumentu potwierdzającego posiadanie praw autorskich do szpitalnego systemu informatycznego – HIS Eskulap lub autoryzacji właściciela majątkowych praw autorskich firmy Nexus Polska Sp. z o. o.. Na potwierdzenie powyższego można wskazać na następujące postępowania:

1. Wojewódzki Szpital Psychiatryczny w Andrychowie, numer nadany przez Zamawiającego: TZ/2500/15/2023
2. Zespół Opieki Zdrowotnej w Łęczycy, numer nadany przez Zamawiającego: ZOZ.ZP.382-17/23

Z informacji uzyskanych od producenta firmy Nexus Polska sp. z o.o. firma Konsultant IT jest jedynym w Polsce autoryzowanym partnerem wdrożeniowym oprogramowania Eskulap.

Powyższe dowodzi ingerencji Wykonawcy w tworzenie warunków postępowania i nakierowanie na wybór jednego podmiotu. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Ponadto, w naszej opinii, Zamawiający dokonał błędnej oceny oferty w kryterium b. Okres gwarancji za przedmiot zamówienia przyznając wybranej ofercie maksymalną liczbę 40 punktów za 24 miesięczny okres gwarancji, podczas, gdy zgodnie z zapisami rozdziału XIX SWZ za taki okres przysługiwać powinno 20 punktów.

Z wyżej wskazanych przyczyn, niniejsze odwołanie pozostaje uzasadnione, a Odwołujący wnosi, jak we wstępie.

PODPIS

Dokument podpisano elektronicznie za pomocą bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

WYKAZ ZAŁĄCZNIKÓW

1. Informacja z KRS w zakresie dotyczącym Odwołującego.
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
3. Dowód przesłania kopii niniejszego Odwołania Zamawiającemu.