

Sygn. akt: KIO 610/23

WYROK

z dnia 21 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawcę **Nexus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **KAMSOFIT spółka akcyjna w Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Nexus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Nexus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 610/23

U z a s a d n i e

I. Szpital Wojewódzki w Poznaniu (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej - Ujednoczenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu”, znak sprawy: SZW/DZP/37/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 113-318819 w dniu 14 czerwca 2022 r.

W dniu 6 marca 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę Nexus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 i art. 457 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez niezasadne unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy postępowanie nie było obarczone wadami, a zawarcie umowy nie skutkowałoby jej unieważnieniem.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie ponownej czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SWZ w postępowaniu i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podtrzymuje zarzuty i żądania odwołania w całości.

Na rozprawie Odwołujący zwracał uwagę po pierwsze na kwestie formalne – przywołana przez Zamawiającego podstawa unieważnienia postępowania, tj. art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust 1 Prawa zamówień publicznych nie ma zastosowania w ocenie Odwołującego. Przesłanki unieważnienia postępowania są rygorystyczne, katalog ten jest

określony w przepisach Kodeksu Cywilnego oraz art. 457 ust 1 Prawa zamówień publicznych. Podkreślał brak zastosowania wymienionych przepisów w niniejszej sprawie.

Podtrzymywał stanowisko, że bez względu na mnożenie zaofertowanej w kryterium pozacenowym liczby godzin ewaluacyjnych przez każdego z wykonawców przez 12 czy 48 otrzymuje się ten sam współczynnik, dlatego nie ma problemu z porównaniem ofert. Przy czym zauważa, że w postępowaniu ostała się tylko jedna oferta, dlatego tym bardziej nie ma to znaczenia dla wyniku tego postępowania. Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że podana przez wykonawców liczba godzin znacząco się różni nie ma znaczenia, ponieważ skoro było to kryterium oceny ofert, to oznacza, że oferty w tym zakresie mogły się różnić. Odwołujący zauważa jak w odwołaniu – Zamawiający określił granice, w których godziny ewaluacyjne mają się mieścić (w przedziale 48 – 12 000 godzin).

Kwestionował fakt podnoszony przez Zamawiającego o braku definicji godzin ewaluacyjnych. Przywoływał stronę 160 OPZ, gdzie opisano co należy wykonać w ramach wizyt ewaluacyjnych. Wynika z tego opisu jednoznacznie, że godziny ewaluacyjne mają być realizowane w ramach wizyt ewaluacyjnych. Było to zresztą przedmiotem pytań i odpowiedzi Zamawiającego. Według Odwołującego, Zamawiający wykupuje pakiet godzin do wykorzystania w celu zoptymalizowania usługi. Stwierdza, że nie ma racji Zamawiający twierdząc, że przy zaproponowanej liczbie godzin usługa ta będzie realizowana praktycznie non stop, ponieważ jest to osobogodzina i w razie przyjazdu 5 specjalistów równocześnie, dla każdego będzie liczna godzina.

W odpowiedzi na pytanie Przewodniczącej, z czego Odwołujący wnosi, że Zamawiającemu chodziło o wycenę osobogodziny, a nie godziny trwania wizyty ewaluacyjnej Odwołujący wyjaśnił, że wynika to z samego faktu, że miał oszacować liczbę godzin. Powołał się na praktykę powszechnie stosowaną przy wycenie – roboczodzień i roboczogodzina odnosi się do dnia i godziny pracy jednej osoby. Pośrednio wynika to również z pytania i odpowiedzi na pytanie nr 432, gdzie wskazano na rozliczenie wg. aktualnych stawek wykonawcy, a stawka wykonawcy to właśnie stawka za osobogodzinę.

Odwołujący wskazywał na różnice pomiędzy zakresem rzeczowym, świadczonym w okresie gwarancji, a świadczeniem świadczonym w ramach wizyt ewaluacyjnych. Jednoznacznie wynika z definicji na str. 160 OPZ, że wizyty ewaluacyjne mają na celu optymalizację korzystania z systemu. Nie można tu dostrzec żadnej sprzeczności, a przeciwnie, świadczenia te pozostają w logicznym ciągu.

Podobnie logiczne jest określenie przez Zamawiającego zakresu etapu 2. Było w tym zakresie konkretne pytanie, w odpowiedzi na które Zamawiający nie doszczegółowił zakresu świadczenia uznając, że opisany w specyfikacji jest poprawny. Odwołujący zwraca uwagę,

że zakres ten to nie essentialia negotii, one nie budzą wątpliwości, ale tylko jedno ze świadczeń. Nie można się zgodzić, że świadczenia te są niedookreślone np. pod względem terminu, ponieważ wg. KC brak terminu oznacza wykonanie niezwłoczne. Brak kar i ścisłych terminów nie jest równoznaczny ze świadczeniem niemożliwym. Zauważa, że wymagania nie są tak wyśrubowane, jak w etapie 1, co jest logiczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia i podnosi, że stąd cena serwisu jest niższa. Błędów systemu w tym okresie jest niewiele.

Zauważał, że przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie orzeczenie KIO 3728/21 potwierdza stanowisko Odwołującego. Wskazuje, że jeżeli opisany przedmiot zamówienia nie do końca odpowiada wyobrażeniom Zamawiającego nie jest to przesłanka do unieważnienia postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Podtrzymywał stanowisko z zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z 22 lutego 2023 r. Wskazywał na niekonsekwencję Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia i postępowania odwoławczego – w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Odwołujący sam wskazywał na swobodę interpretacyjną w podstawach wyceny, a zdaniem Zamawiającego wycena nie może się opierać na własnej interpretacji wykonawcy. Analogiczne stanowisko Odwołujący prezentował w postępowaniu KIO 3443/22, wskazując na niedoprecyzowanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający podnosił, że wykonawca musi mieć wiedzę na co się decyduje i jaki zakres ma wykonać. Tylko na dookreślonym przedmiocie zamówienia może być oparta wycena. Skoro Zamawiający określił obowiązki w okresie gwarancji, to tym bardziej powinien określić zakres świadczenia w etapie 2. Zauważa, że etap 2 mógłby być osobnym przedmiotem zamówienia. Tymczasem nie określił szczegółowego zakresu świadczenia i ma ono charakter blankietowy. W postępowaniu KIO 3443/22 Izba nie stwierdziła rażąco niskiej ceny, a wskazała, że uzasadnienie Zamawiającego jest wadliwe. Zamawiający doszedł do przekonania podczas ponownej oceny ofert, że nie mógł ocenić wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ nie został sprecyzowany zakres świadczenia. To oznacza, że oferty były nieporównywalne. Potwierdza to stanowisko Odwołującego, który sam przyjmuje założenia, do czego będzie zobowiązany.

Podtrzymywał twierdzenie, że definicja wizyty ewaluacyjnej zawarta na str. 160 OPZ nie przekłada się na definicję godziny ewaluacyjnej. Według Zamawiającego wizyta ma charakter niejako kurtuazyjny, natomiast godzina ewaluacyjna zapewnia wykonanie usług,

które nie wchodzą w zakres usługi i utrzymania i mają odpowiadać nagłej potrzebie Zamawiającego, co wykracza poza istniejący system.

W odpowiedzi na pytanie Przewodniczącej, czy godziny ewaluacyjne można realizować zdalnie, pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że nie było to właśnie opisane w specyfikacji, natomiast według jego wiedzy miejsce świadczenia godzin ewaluacyjnych nie ma znaczenia. Nie wyobraża sobie jednak, że informatyk pisze kod na miejscu u Zamawiającego w trakcie wizyty ewaluacyjnej.

Podnosił, że umowa ma trwać 48 miesięcy i w tym kontekście nie byłoby sensu realizacji usług ewaluacyjnych przez okres tylko 12 miesięcy. Odwołujący zdaniem Zamawiającego przyjmuje błędne założenie, że godziny ewaluacyjne będą wykorzystane tylko w okresie gwarancji. Zamawiający chciał sobie zapewnić stałą możliwość rozwoju oprogramowania. Podtrzymał stanowisko, iż argumentacja Odwołującego potwierdza błąd w OPZ w ramach etapu 2.

Reasumując, wady postępowania w opisie przedmiotu zamówienia mają wpływ na wycenę, choćby na ocenę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Do postępowania odwoławczego wykonawca KAMSOFIT spółka akcyjna w Katowicach (dalej: Przystępujący) skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Ponadto jako dowód z urzędu dopuściła dowód z dokumentacji postępowania sygn. akt KIO 3443/21. Powyższe stanowiło podstawę do ustalenia okoliczności, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej - Ujednoczenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) stanowi załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) oraz projekt umowy - zał. nr 4.

Przedmiot zamówienia został podzielony na dwa etapy realizacji:

- 1) Pierwszy etap, polegający na dostawie i wdrożeniu - Wykonawca zobowiązany jest zrealizować w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy - zgodnie z odpowiedziami zamawiającego na odwołanie (13.07.2022r.)
- 2) Wykonawca zobowiązany jest realizować drugi etap przedmiotu zamówienia w okresie 48 miesięcy od ostatecznego protokolarnego przekazania pierwszego etapu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający oprócz ceny, wprowadził dwa kryteria pozacenowe oceny ofert, w tym kryterium nazwane „Liczba godzin ewaluacyjnych w okresie gwarancyjnym [do max 12 tys. godzin]” z wagą 30%.

Zamawiający w dokumentach zamówienia nie zdefiniował pojęcia „godzin ewaluacyjnych”, jedynie w OPZ na stronie 160 opisał „Wizyty ewaluacyjne”, że „W ramach kształcenia kadry Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie w okresie trwania gwarancji przynajmniej raz na pół roku prowadzić cyklicznie wizyty powdrożeniowe, w trakcie których zweryfikuje poziom wykorzystania systemu i zaproponuje usprawnienia organizacyjne mogące przynieść korzyści szpitalowi w ramach obsługi systemu informatycznego. Zamawiający wymaga aby Wykonawca zagwarantował min. 48 godzin ewaluacyjnych – parametr będący kryterium oceny ofert.

W toku pytań do specyfikacji i odpowiedzi, zadawano pytania dotyczące m. in. godzin ewaluacyjnych. W pytaniu nr 254, wykonawca poprosił o potwierdzenie, że w celu efektywnego wykorzystania godzin zapotrzebowanie na wizyty będzie inicjowane przez Zamawiającego poprzez portal zgłoszeń. Zamawiający potwierdził powyższe. W pytaniu nr 432 wykonawca prosił o „potwierdzenie, że wszelkie zgłoszenia i prace serwisowe świadczone będą przez Wykonawcę w ramach określonej w ofercie liczby godzin ewaluacyjnych w okresie gwarancyjnym. Jednocześnie prosimy o potwierdzenie, że świadczenie usług serwisowych w ramach pakietu określonego przez Wykonawcę w ramach kryterium oceny oferty liczby godzin, umowa w zakresie świadczenia usługi serwisowej do Oprogramowania objętego niniejszym postępowaniem: a) wygasa, bądź b) będzie świadczona i fakturowana wg aktualnych stawek Wykonawcy.” Na tak zadane pytanie Zamawiający odpowiedział następująco: „Prace serwisowe nie podlegają limitom godzin,

Wykonawca ma zadanie usunąć Dysfunkcję niezależnie od czasochłonności. Godziny ewaluacyjne są do wykorzystania przez Zamawiającego w sposób dowolny.”.

Oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców, Odwołujący i Przystępujący. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu z ceną 4 920 598,08 zł brutto, w tym cena za serwis i utrzymanie 96 000,00 zł brutto, liczba godzin ewaluacyjnych: 1 920; Przystępujący – z ceną 5 200 194,00 zł brutto, w tym cena za serwis i utrzymanie 236 160,00 zł, liczna godzin ewaluacyjnych: 6 240.

Zamawiający w dniu 12 grudnia 2022 r. zawiadomił o odrzuceniu obu ofert w postępowaniu, oraz o unieważnieniu postępowania w oparciu art. 255 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący w dniu 22 grudnia 2022 r. złożył do KIO odwołanie, w którym zaskarżył zarówno czynność odrzucenia oferty oraz czynność unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 2 Prawa zamówień publicznych Wyrokiem z dnia 5 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3443/22 KIO uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Nexus Polska sp. z o.o. oraz dalsze prowadzenie postępowania z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.

W dniu 22 lutego 2023 r. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał następujące uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania: 1) wadliwy opis kryterium „liczba godzin ewaluacyjnych w okresie gwarancyjnym” – kryterium odnosi się do okresu gwarancyjnego, który zgodnie z projektem umowy ma wynosić 12 miesięcy, a z treści opisu kryterium wynikało, że godziny ewaluacyjne mają się odnosić do okresu 48 miesięcy; 2) brak sprecyzowania, czym się godziny ewaluacyjne i jaki zakres świadczenia w tym czasie ma być zrealizowany; 3) brak dookreślenia zakresu zobowiązania wykonawcy w ramach etapu II, co Zamawiający uznał za brak essentialia negotii przyszłej umowy.

Z powyższym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 255 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei zgodnie z art. 457 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie

Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że niejasność lub nieprecyzyjność przedmiotu zamówienia mogła być przesłanką unieważnienia postępowania jedynie w oparciu o przepisy Prawa zamówień publicznych w poprzednim brzmieniu. W ocenie składu orzekającego, niejasny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia i opis jednego z kryteriów oceny ofert stanowi takie naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, które ma oczywiste i zasadnicze znaczenie dla oceny ofert, a więc umowa zawarta w wyniku takiego postępowania podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Skoro tak, to nie można po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawrzeć umowy niepodlegającej unieważnieniu, a zatem zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania, na podstawie art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

W piśmiennictwie zostały dostrzeżone problemy wynikające z brzmienia art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych: „Rozbieżności interpretacyjne wywołuje kwestia, czy przepisem tym objęte są dwie odrębne przesłanki, tj.: 1) udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy oraz 2) zawarcia umowy ramowej lub ustanowienia dynamicznego systemu zakupów z naruszeniem obowiązków publikacyjnych związanych z zamieszczeniem ogłoszenia wszczynającego postępowanie w BZP lub przekazania ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE lub ze zmianą tego ogłoszenia (por. wyr. KIO z 27.4.2021 r., [KIO 913/21](#), Legalis; wyr. KIO z 11.6.2021 r., [KIO 1343/21](#), Legalis; wyr. KIO z 2.8.2021 r., [KIO 1905/21](#), Legalis a także *Ż. Urbaniak*, Charakter żądań, s. 73 oraz *H. Nowak, M. Winiarz* (red.), Prawo, s. 1227) czy też przepis ten obejmuje jedynie jedną przesłankę związaną z naruszeniem obowiązków publikacyjnych (por. wyr. KIO z 5.11.2021 r., KIO 3134/21, niepubl.; wyr. KIO z 18.11.2021 r., [KIO 3204/21](#), niepubl., a także *J. Jerzykowski*, w: *W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak*, Prawo, art. 457; *E. Wiktorowska*, w: *A. Gawrońska-Baran*, (red.) Prawo, art. 457, teza 3; *P. Granecki, I. Granecka*, Prawo, art. 457)” (M. Jaworska, komentarz do art. 457 Prawa zamówień publicznych [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok 2022, Wydanie 4, Legalis).

W ocenie składu orzekającego, z brzmienia art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, biorąc pod uwagę wykładnię systemową, ze względu na podstawowe zasady

udzielania zamówień, należy wyinterpretować normę, prowadzącą do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w następujących sytuacjach:

- 1) udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów nastąpiło z naruszeniem ustawy (przy czym trzeba przyjąć, że chodzi o nie jakiegokolwiek naruszenie, a naruszenie kwalifikowane – takie, które miało wpływ na przygotowanie ofert/wynik postępowania);
- 2) udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów nastąpiło bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Zdaniem składu orzekającego nie można więc przyjąć, że z art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych wynika wyłącznie przesłanka unieważnienia umowy, związana z nieprawidłowościami w obowiązkowych ogłoszeniach w publikatorach. Każde naruszenie związane z ogłoszeniami jest równocześnie „naruszeniem ustawy”. Trzeba zatem przyjąć, że ustawodawca przewidział dwie podstawy unieważnienia, do których odwołuje się w art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, tj: „do zawarcia umowy z naruszeniem Pzp oraz do zaniechania obowiązków ogłoszeniowych” (tak: Prawo zamówień komentarz, red. Hubert Nowak i Marek Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021). Rzeczywiście przepis sformułowany jest mało przejrzysto, ale trudno byłoby zaakceptować, dlaczego ustawodawca, jako prowadzącą do nieważności umowy, miałby przyjąć jedynie przesłankę związaną z ogłoszeniami, mającymi znaczenie dla sporządzenia ofert, a pominął inne naruszenia przepisów, które takie znaczenia również mają. Dlatego trzeba przyjąć, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie przesłanki nieważności umowy zawartej z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych, jednak nie każdym, tylko kwalifikowanym – takim, które miało znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpłynęło na wynik postępowania.

Generalnie rzecz biorąc przesłanki unieważnienia postępowania mają charakter wysoce sankcyjny i powinny być interpretowane możliwie wąsko, jednak jakakolwiek interpretacja musi uwzględniać sens i cel przepisu. Dlatego ostatecznie, biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Izba doszła do wniosku, że udzielenie zamówienia z naruszeniem

przepisów ustawy, tego rodzaju, że miało wpływ na sporządzenie ofert i wynik postępowania, mieści się w normie opisanej w art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Za słusznie podniesione przez Zamawiającego podstawy faktyczne unieważnienia postępowania Izba uznała nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia oraz wadliwe kryterium oceny ofert, oparte na niezdefiniowanym pojęciu „godzin ewaluacyjnych”.

Zasadniczo, okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia był niepełny i nieprecyzyjny okazał się niesporny. Odwołujący już w odwołaniu przyznawał, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, cytował pytania zadawane do specyfikacji i lakoniczne odpowiedzi Zamawiającego, kwitując, że „Jednak mimo zadawanych pytań wprost, Zamawiający nie uznał za potrzebne doprecyzowanie SWZ. Dlatego tym bardziej dziwi fakt, że Zamawiający usiłuje traktować ograniczony zakres świadczenia za wadę uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.” Odwołujący stanął na stanowisku, że skoro z pytań do specyfikacji jednoznacznie wynikało, że wykonawcy dostrzegli braki w opisie przedmiotu zamówienia, a Zamawiający celowo (zdaniem Odwołującego) ich nie doprecyzował – to widocznie taki był zamiar Zamawiającego i zachowanie Zamawiającego niejako sanowało braki w OPZ.

Z takim stanowiskiem Izba nie mogła się zgodzić. Pomijając ocenę prawidłowości odpowiedzi na pytania zadawane do SWZ, Zamawiający mógł dopiero na etapie oceny ofert zdać sobie sprawę z konsekwencji braków w opisie przedmiotu zamówienia, i nieporównywalności ofert. Trudność w ocenie oferty mogła się uwidocznic przy ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Rację też ma Zamawiający, że brak określenia zakresu świadczenia dla II etapu realizacji przedmiotu zamówienia to brak istotnych przedmiotowych elementów (essentialia negotii) przyszłej umowy.

W ocenie składu orzekającego, opis przedmiotu zamówienia, który obarczony jest takimi brakami, które prowadzą do nieporównywalności ofert, stanowiłby przesłankę unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jest takim naruszeniem przepisów, które ma znaczenie dla sporządzenia ofert.

W tej samej kategorii mieści się wadliwe kryterium oceny ofert, prowadzące do tego, że ofert nie da się porównać. Kryterium „Liczba godzin ewaluacyjnych w okresie gwarancyjnym [do max 12 tys. godzin]” nie zostało wystarczająco opisane – brak definicji godzin ewaluacyjnych. Rzeczywiście, wzmianka o godzinach ewaluacyjnych pojawia się w kontekście wizyt ewaluacyjnych, co może pozwolić na domysły, że wizyty ewaluacyjne mają być realizowane za pomocą godzin ewaluacyjnych. Jednak takie „domysły”, sugerowane przez Odwołującego, to w ocenie składu orzekającego zbyt mało, żeby kategorycznie przesądzić, co ma być realizowane w ramach tych godzin, czy jest to godzina trwania „wizyty ewaluacyjnej” wykonawcy, czy też godzina efektywnej pracy jednej osoby, bez względu na to

czy odbywa się w siedzibie Zamawiającego, czy też zdalnie w siedzibie wykonawcy, w ramach pracy nad ewaluacją oprogramowania (a więc Zamawiający jednocześnie mógłby „konsumować” przykładowo 10 godzin pracy różnych specjalistów). O wadzie w opisie tego kryterium świadczy już zdaniem składu orzekającego okoliczność, że z opisu kryterium wynika, że godzin tych ma być nie więcej, niż 12 000, a ze strony 161 OPZ – że nie mniej, niż 48. Zatem wykonawcy mieli być oceniani na podstawie zaproponowanej przez siebie liczby godzin w przedziale pomiędzy 48 a 12 000, co już samo w sobie może wskazywać na okoliczność prowadzącą do nieporównywalności ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe wady SWZ, nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia i nieprecyzyjność opisu jednego z kryterium oceny ofert z wagą 30%, Izba stwierdziła, że Zamawiający słusznie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 255 ust 6 w zw. z art. 457 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono, jak w sentencji.

Trzeba zauważyć, że na powyższą ocenę nie miała wpływu okoliczność, czy oferta Odwołującego jest jedyną ofertą w postępowaniu, czy też nie. Prawdopodobnie opisu przedmiotu zamówienia i kryteria oceny ofert mają zasadnicze znaczenia dla badania i oceny, a więc i porównania ofert, a więc nie można stwierdzić, czy jeżeli opis zamówienia i kryteria ofert byłyby pozbawione wad, to jakie oferty zostałyby złożone w postępowaniu, i czy kwalifikowałyby się one do odrzucenia, czy też nie. Można przyjąć, że precyzyjne postanowienia specyfikacji prowadzą do zmniejszenia ryzyka odrzucenia ofert.

Na rozstrzygnięcie nie miała również wpływu rozbieżność pomiędzy subiektywnym przekonaniem Zamawiającego, co powinno wynikać z opisu przedmiotu zamówienia, a co rzeczywiście z niego wynikało. Fakt, że wyobrażenia Zamawiającego były inne, nie był oceniany przez Izbę; skład orzekający badał wyłącznie prawidłowość czynności unieważnienia postępowania z dnia 22 lutego 2023 r., która była kwestionowana odwołaniem, w zakresie podstaw faktycznych i prawnych zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: