

POSTANOWIENIE

z dnia 5 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Ernest Klauziński

Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **5 sierpnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **10 lipca 2020 r.**

przez wykonawcę: **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *E-szpital – stworzenie cyfrowego systemu informacji telemedycznej, gromadzenia, przetwarzania, archiwizacji danych dla Brzeskiego Centrum Medycznego w Brzegu – czwarte postępowanie* (nr postępowania ZAM. 272.1.1.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Brzeski z siedzibą w Brzegu**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

A. Asseco Healthcare sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

B. Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 13500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu**.

Uzasadnienie

Powiat Brzeski z siedzibą w Brzegu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *E-szpital – stworzenie cyfrowego systemu informacji telemedycznej, gromadzenia, przetwarzania, archiwizacji danych dla Brzeskiego Centrum Medycznego w Brzegu – czwarte postępowanie* (nr postępowania ZAM. 272.1.1.2020). Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 czerwca 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_124 pod poz. 303390. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 lipca 2020 r. Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Odwołujący”} wniósł w stosownej formie elektronicznej odwołanie od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} szczegółowo wskazanych w odwołaniu, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano inaczej}:

1. Art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz prowadzący do preferowania jednego podmiotu funkcjonującego na rynku poprzez zastosowanie w załączniku nr 12 do SIWZ stanowiącego „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” opisu macierzy dyskowej z zastosowaniem kombinacji parametrów wskazujących na konkretne urządzenie tj. macierz firmy HUAWEI z rodziny Huawei OceanStor 2600 v3, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia – przez opisanie: próbki systemu w sposób nieuzasadniony i ograniczający konkurencję oraz możliwość uzyskania zamówienia, sposobów prezentacji wymogów, jak również przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję oraz niejednoznacznie i nieprecyzyjnie, w szczególności bez podania szczegółowego scenariusza weryfikacji próbki w zakresie funkcjonalności, których zaprezentowania będzie wymagał Zamawiający, co utrudnia wykonawcy określenie, jakie są wymagania Zamawiającego w stosunku do prezentowanego systemu oraz umożliwia Zamawiającemu wpływ na ocenę spełniania wymagań oraz określenia zadania testowego w sposób preferujący

określonych wykonawców.

3. Art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5 i 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej: „kc”) oraz art. 471 kc, art. 473 § 1 kc oraz art. 483 kc i 484 kc – przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, jak również przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, przejawiające się w szczególności poprzez:
- a) niewprowadzenie w § 13 ust. 1 i 2 wzoru umowy górnego limitu kar umownych za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy w wysokości nieprzekraczającej kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy zastrzeżonej w § 13 ust. 1 pkt 4 i 5 wzoru umowy;
 - b) uregulowaniu we wzorze umowy w § 13 ust. 1 pkt 1 i 2 rażąco wygórowanych kar umownych,
 - c) wprowadzenie w § 13 wzoru umowy zapisów, zgodnie z którymi kary umowne podlegają kumulacji,
 - d) wprowadzenie w § 13 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 wzoru umowy zapisów, zgodnie z którymi kara umowna obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie względem terminów oznaczonych w § 6 wzoru umowy oraz względem szczegółowych terminów wskazanych w § 4, a nie za zwłokę, co powoduje, że wykonawca ponosić będzie ryzyko zapłaty kar umownych nawet w sytuacjach, w których opóźnienie nie będzie wynikiem okoliczności leżących po stronie wykonawcy, a nawet będzie wynikiem okoliczności, które będą leżeć po stronie Zamawiającego, jak również wykonawca ponosić będzie ryzyko zapłaty kar umownych w przypadku naruszenia każdego ze szczegółowych terminów wskazanych w § 4 wzoru umowy, nawet w przypadku gdy nie będzie to miało istotnego wpływu na realizację zamówienia, w szczególności nawet w razie dochowania końcowego terminu wykonania zamówienia określonego w § 6 wzoru umowy.

Ponadto w uzasadnieniu sprecyzowano dodatkowo zarzuty przez podanie okoliczności faktycznych i prawnych, które według Odwołującego uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian SIWZ szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

3 sierpnia 2020 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że wycofuje powyższe odwołanie i w związku z tym wnosi o zwrot 90% uiszczonego wpisu.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i cofnięcia pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem posiedzenia w tej sprawie odwoławczej.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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. 2018 r. poz. 972), nakazując zwrot Odwołującemu 90% procent uiszczonego wpisu.