

Sygn. akt: KIO 3323/22

POSTANOWIENIE
z dnia 23 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Nexus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach**

przy udziale wykonawcy **Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Nexus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Informatyzację czterech szpitali województwa zachodniopomorskiego w ramach projektu pn. Zachodniopomorskie e-Zdrowie* (znak postępowania: 46/22).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 233-669657.

W dniu 12 grudnia 2022 r. wykonawca Nexus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 134 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp:

a) poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy dla zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie postawienia przez Zamawiającego w SWZ wymogu Wykonawcy wykazania w Rozdz. 5 pkt 1 ppkt 2, lit. d) część II lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”) , że „w zakresie doświadczenia Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek jeżeli wykaże,

że:

a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie: co najmniej dwa zamówienia rozumiane jako dwie osobne umowy o wartości nie mniejszej niż 2 500 000 zł brutto (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych) każda, w ramach których Wykonawca dostarczył i wdrożył szpitalny system informatyczny (HIS), w zakres których wchodziły również: - dostawa, wdrożenie i konfiguracja infrastruktury serwerowo-macierzowej, - dostawa i wdrożenie systemu e-Uслуг”;

b) poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy dla zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego

zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie postawienia przez Zamawiającego w SWZ wymogu wykazania przez Wykonawcę w Rozdz. 5 pkt 1 ppkt 2, lit. d) część III lit. a) SWZ zamówienia, że „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie: co najmniej dwa zamówienia rozumiane jako dwie osobne umowy o wartości nie mniejszej niż 4 000 000 zł brutto (słownie: cztery miliony złotych) każda, w ramach których Wykonawca dostarczył i wdrożył szpitalny system informatyczny (HIS), w zakres których wchodziły również*: dostawa, wdrożenie i konfiguracja infrastruktury serwerowo-macierzowej, dostawa i wdrożenie systemu e-Usług”;

c) poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy dla zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie postawienia przez Zamawiającego w Rozdz. 5 pkt 1 ppkt 2, lit. d) SWZ część I oraz III wymogu, że „zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia, posiadającymi kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, wskazane poniżej, w tym: a) minimum 1 kierownikiem/koordynatorem zespołu posiadającym: certyfikat w zakresie zarządzania projektami na poziomie PRINCE2 Practitioner lub równoważne, czyli certyfikat nadawany przez International Project Management Association (IPMA) na poziomie C lub certyfikat CPM (Certified Project Manager), PMP Project Management Professional) CPM, PMI, PMP oraz(...);

2. art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 3531 Kc w zw. z art. 41 ust. 2 PrAut poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa poprzez przyjęcie w § 10 ust. 1 zd.2 wzoru umowy (odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V), że „Jeżeli elementem Systemu miałyby być jakiegokolwiek utwory, co do których prawa autorskie przysługują osobom innym niż Wykonawca, Wykonawca oświadcza, że jest uprawniony do udzielania

osobom trzecim licencji na te utwory w zakresie koniecznym dla wykonania Umowy oraz że na podstawie odpowiednich upoważnień udzielonych przez licencjodawcę utworów jest uprawniony do pobierania wynagrodzenia za udzielane przez licencjodawcę licencje”, co prowadzi do zawarcia we wzorze umowy postanowienia obiektywnie niemożliwego do realizacji przez wykonawców, bowiem w odniesieniu do wielu programów wykonawcy nie będą mieli uprawnienia do udzielenia Zamawiającemu licencji;

3. art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób nieprzejrzysty i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a także ze sobą sprzecznych, ponadto nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę, uniemożliwiają tym samym Odwołującemu ustalenie wymogów

w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji złożenie oferty i jej rzetelną wycenę, w zakresie: uniemożliwiają tym samym Odwołującemu ustalenie wymogów w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia poprzez:

a) sprzeczność pomiędzy § 10 ust. 5 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V), gdzie wskazane zostało, że Zamawiającemu przekazywane są uprawnienia na enumeratywnie w tym ustępie wymienionych polach eksploatacji, a §12 ust. 7 zd. 2 wzoru umowy (w odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV)/ §12 ust. 4 zd.2 wzoru umowy (dla Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V), gdzie wskazane zostało, że Zamawiającemu przekazywane są uprawnienia licencyjne na wszystkich polach eksploatacji;

b) nieprecyzyjność i zbytnia ogólnikowość § 3 ust. 9 wzoru umowy (Odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V), poprzez nieuwzględnienie, iż z racji częstotliwości zmian przepisów prawnych wskazane jest, by część zmian, które mają stanowić implementację przepisów uchwalonych w okresie poprzedzającym termin odbioru umowy, mogły być implementowane w okresie gwarancji;

c) błędnego oznaczenia w § 11 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy (Odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV), że „Wskazane wyżej okresy gwarancji i sprawowania nadzoru autorskiego liczone będą: na dostarczoną w

ramach Umowy Infrastrukturę (produkty Etapu nr 2) od dnia podpisania przez Strony protokołu Odbioru Etapu nr 3 bez Wad”, kiedy to prawidłowo wskazany punkt powinien mieć brzmienie: „Wskazane wyżej okresy gwarancji i sprawowania nadzoru autorskiego liczone będą: na dostarczoną w ramach Umowy Infrastrukturę (produkty Etapu nr 2) od dnia podpisania przez Strony protokołu Odbioru Etapu nr 2 bez Wad”;

4. art. 134 ust. 1 pkt 4 i pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez niejednoznaczne, niejasne określenie w § 12 ust. 15 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik nr 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV) oraz w § 12 ust. 15 zd.1 wzoru umowy w Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V), iż: „Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu zamówienia nie może być podstawą do żądania podwyższenia wynagrodzenia określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu”, co wskazuje na opisanie przedmiotu zamówienia i ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty i jej rzetelną wycenę;

5. art. 16 pkt 2 Pzp w zw. z art. 105 ust. 1 pzp poprzez postawienie wymogu przedstawienia dokumentu potwierdzającego zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w postaci wymogu przedstawienia przez wykonawców bliżej nieokreślonego certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, o którym mowa w Rozdz. 3 ust. 8 Specyfikacji Warunków Zamówienia, co uniemożliwia dostarczenie takiego certyfikatu;

6. art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 436 pkt 1 Pzp poprzez wskazanie nierealnego terminu wykonania zamówienia w Rozdziale 4 ust. 1 SWZ, a także następczo kolejno we wzorach umów stanowiących: § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika Nr 4 do SWZ dla Części I, § 5 ust. 1 -2 i ust.4 wzoru umowy z Załącznika nr 2 do SWZ dla Części II, § 5 ust. 1 -2 i ust. 4 wzoru umowy Załącznik nr 4 do SWZ dla Części III, § 5 ust. 1 -2 i ust.4

wzoru umowy w Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, na skutek podania terminu realizacji wyrażonego przez podanie konkretnej daty, tj. do dnia 31 października 2023 r., co utrudnia lub wręcz uniemożliwia Wykonawcom realizację zamówienia w terminie, a ponadto narusza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek wprowadzenia potencjalnie niemożliwego do dotrzymania terminu na realizację zamówienia;

7. art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek:

a) przyjęcie w § 8 ust. 5 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V), że „Akceptacja DAP warunkuje rozpoczęcie prac Wykonawcy związanych z realizacją Zamówienia”, co prowadzi do nieuzasadnionego wzmocnienia pozycji Zamawiającego poprzez brak umożliwienia ewentualnego poprawienia przez Wykonawcę DAP oraz nieuwzględnienie w treści wzoru umowy możliwości odstąpienia od umowy przez Wykonawcę w przypadku braku akceptacji DAP,

b) przyjęcie w § 3 ust. 6 wzoru umowy (Odpowiednio: Załącznik Nr 4 do SWZ dla Części I, Załącznik nr 2 do SWZ dla Części II, Załącznik n 3 do SWZ dla Części III, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części IV, Załącznik nr 4 do SWZ dla Części V), że „Zamawiający upoważnia Wykonawcę do wykonywania niezbędnych czynności związanych z realizacją przedmiotu Umowy o ile nie polegają one na zaciąganiu zobowiązań w imieniu Zamawiającego a Wykonawca każdorazowo potwierdzi mailowo u przedstawiciela Zamawiającego możliwość dokonania konkretnej czynności w imieniu Zamawiającego”, co prowadzi do nieuzasadnionego wzmocnienia pozycji Zamawiającego poprzez nałożenie na Wykonawcę dodatkowych, nie mających uzasadnienia obowiązków, które mogą potencjalnie spowodować utrudnienia w realizacji umowy;

c) przyjęcie w § 15 ust. 6 pkt 4) wzoru umowy (odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V), że „Zamawiający zastrzega sobie prawo natychmiastowego odstąpienia od Umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia oraz bez prawa Wykonawcy do żądania zapłaty kary umownej w przypadku zaistnienia następujących okoliczności:

... 4) popełnienia przez Wykonawcę błędu, zawinonego w związku z realizacją przedmiotu Umowy, skutkującego utratą dofinansowania lub wykluczeniem z Projektu Zamawiającego.” oraz w § 16 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy (odpowiednio w Załączniku Nr 4 do SWZ dla Części I, Załączniku nr 2 do SWZ dla Części II, Załączniku nr 3 do SWZ dla Części III, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części IV, Załączniku nr 4 do SWZ dla Części V), że „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne, które będą naliczane w następujących okolicznościach i wysokościach: z tytułu utraty dofinansowania przez Zamawiającego z Projektu z winy Wykonawcy w szczególności nieterminowego wykonania przedmiotu Umowy w wysokości 50% wartości Umowy – całkowitej kwoty wynagrodzenia brutto.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów ogłoszenia o zamówienia oraz Specyfikacji Warunków zamówienia w sposób wskazany w treści odwołania.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

W dniu 22 grudnia 2022 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Niniejsze pismo zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ww. ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: